

المستشار الدكتور
حسين فتحي عطية أحمد

النظرية العامة للإكراه في القانون الجنائي

دراسة مقارنة

الطبعة الأولى

٢٠٠٨

الناشر
دار النهضة العربية
٣٢ شارع عبد الخالق ثروت

مقدمة

١- موضوع الرسالة وأهميته :-

لقد كرم الله عز وجل الإنسان فخلقه فى أحسن صورة ، وميزه بالعقل الذى هو عمده التكليف مصداقا لقوله جل شأنه " لقد خلقنا الإنسان فى أحسن تقويم " (١) وقوله عز وجل " خلق السموات والأرض بالحق وصوركم فأحسن صوركم واليه المصير " (٢) ... فهذه الآيات الكريمة تدل على أن الله عز وجل كرم الإنسان اعظم تكريم ، حيث جعله فى أبهى صورة ومن حسن صورته ان خلقه منتصباً غير منكب ، متناسب الأعضاء ، كما كرمه بالعقل ، وبه يعرف الله عز وجل ، ويفهم كلامه ، ويصل إلى نعمة وتصديق رسله .

وبالرغم من تكريم الله سبحانه وتعالى لبنى آدم ومنحهم العقل فان النفس البشرية تحوى بداخلها مجموعة من الغرائز ، ولأجل أن يشبع الإنسان غرائزه قد يعتدى على حقوق الآخرين ومن ثم يرتكب الجريمة والتي من شأنها الإخلال بأمن المجتمع ونظامه مما يوجب تدخل الدولة فى سبيل ملاحقه صاحب هذا العقل لتبأشر قبله الأجراء المناسب الذى يتفق مع القانون .

ونعنى بالقانون فى هذا المجال قانون العقوبات والإجراءات الجنائية .

فقانون العقوبات يحمى الحقوق الأساسية للأفراد بالتهديد بعقاب كل من يعتدى عليها ، فهو يحمى حق الإنسان فى الحياة وسلامة الجسم وفى الملكية وغيرها ، ويهمنا فى هذا المجال حماية حق الإنسان فى إرادته فلا يتم الإعتداء عليها إلا إذا وجد مقتضى لذلك .

أما قانون الإجراءات الجنائية فيكفل التوازن بين حق المجتمع فى الاقتصاص من المجرم وحق المتهم فى الدفاع عن نفسه ، فالمصلحة الحقيقية للجميع

(١) سورة التين الآية (٤)

(٢) سورة التغابن الآية (٣)

هى توفير أكبر نصيب من الحرية لكل فرد على حده وليست فى اتخاذ مصلحة الجميع ذريعة يبرر الإفتئات على حرية الأفراد .

ويكاد يجمع الفقه القانونى على أن الجريمة تقوم على ركنين : الأول مادى ، والثانى معنوى وإنه يستطلب حتى تتحقق المسئولية الجنائية أن يصدر الفعل عن إرادة خاطئة، ومن ثم يلزم فى هذه الإرادة أن تكون إرادة حرة مدركة ، وقد تعرض لهذه الإرادة أسباب تنال منها ولعل من أهم تلك الأسباب الإكراه لذا كان بحثنا عن " النظرية العامة للإكراه فى القانون الجنائى "

٢- خطة البحث :-

على ضوء ما تقدم سوف نقوم بتقسيم هذا البحث إلى بابين يسبقهما باب تمهيدى ، وذلك على النحو التالى .

الباب التمهيدي : ماهية الإكراه وصوره .

الفصل الأول : معنى الإكراه وتطوره .

الفصل الثانى : الإكراه المادى .

الفصل الثالث : الإكراه المعنوى .

الباب الأول : الإكراه فى قانون العقوبات .

الفصل الأول : تعريف الجريمة وتحديد أركانها .

الفصل الثانى : ماهية طرق الإكراه .

الفصل الثالث : طبيعة طرق الإكراه .

الباب الثانى : الإكراه فى قانون الإجراءات الجنائية .

الفصل الأول : الإكراه فى مرحلة جمع الاستدلال .

الفصل الثانى : الإكراه فى مرحلة التحقيق الابتدائى .

الباب التمهيدي

ماهية الإكراه وصوره

٣- تقسيم :

الكلام عن ماهية الشيء يستلزم البحث في تعريفه وإذن فمن المتعين عند بيان ماهية الإكراه أن نوضح حقيقته ثم تطوره التاريخي ، وإذا ما أنهينا من ذلك ننقل إلى أنواع الإكراه وشروطه وعلى ذلك سنقسم الدراسة في هذا الباب إلى ثلاث فصول :

الفصل الأول : معنى الإكراه وتطوره .

الفصل الثاني : الإكراه المادي وشروطه .

الفصل الثالث : الإكراه المعنوي وحالة الضرورة .

الفصل الأول

معنى الإكراه وتطوره

٤- تمهيد وتقسيم :-

يبرز الإكراه بروزاً واضحاً في الفقه الحديث ويتميز بهذا الوضوح عن سائر عيوب الإرادة ، وذلك بأن الإكراه أقرب عيوب الإرادة إلى الموضوعية وأبعدها عن الذاتية ؛ بسبب تأثيره على حرية الاختيار للإنسان وسلبه لها سلباً تاماً أو جزئياً وحسب الأحوال .

والإكراه قد يكون مادياً يشل إرادة الجاني بقوة مادية لا قبل له بمقاومتها ، وتجمع المدارس الجنائية والشرائع على أن المكره مادياً لا يسأل جنائياً ، وقد يكون الإكراه معنوياً يقيد حرية الجاني تقييداً أدبياً بعوامل قد يمكن مقاومتها بمجازفة

كبيرة، أو بقدرة غير مألوفة لدى الإنسان العادى الذى لأجله تقررت قواعد المسؤولية الجنائية والإعفاء منها^(١).

ولذا قد يتفاوت رأى فى فهم موضع الإكراه بين مدرسة وأخرى أو بين تشريع وآخر ، وعليه سنتناول فى هذا الفصل معنى الإكراه وتطوره التاريخى من خلال ثلاث مباحث على النحو التالى :-

المبحث الأول : المعنى اللغوى والإصطلاحى للإكراه .

المبحث الثانى : التطور التاريخى لفكرة الإكراه .

المبحث الثالث : الإكراه والمدارس الجنائية الكبرى .

المبحث الأول

المعنى اللغوى والإصطلاحى للإكراه

٥- تقسيم :-

للإكراه معنيان : معنى لغوى وآخر إصطلاحى مما يقتضى التعرض لكل منها فى مطلب وآخر على حدة .

(١) المسؤولية الجنائية تتأنى نتيجة مخالفة شخص لأوامر القاعدة الجنائية أو عدم إمتثال لنواهيها د/ محمود جمال الدين ذكى ، الوجيز فى النظرية العامة للإلتزام فى القانون المدنى المصرى ، مطبعة جامعة القاهرة ، ١٩٧٨ ، ص ١١ . د/ رؤوف عبيد ، مبادئ القسم العام من التشريع العقابى ، دار الفكر العربى ، ط ٤ ، ١٩٧٩ ، ص ٦٠١ .

المطلب الأول

المعنى اللغوي للإكراه

٦- الإكراه بمعنى الإجبار:-

الإكراه فى اللغة مصدرأ كرهه إذ حمل الإنسان على أمر يكرهه ولا يرضاه (١) والكره بالفتح (٢) إسم منه يقال أكرهته على كذا أى حملته عليه وهو كاره (٣) والمكره ما أكرهك غيرك عليه. تقول جئتكم كرها وأدخلتني كرها، وأكرهته تعنى حملته على أمر هو له كاره (٤) والكره معنى قائم بالمكره ينافى المحبة والرضا ولهذا يستعمل كل واحد منها مقابل الآخر (٥).

(١) لأبى محمد محمود بن أحمد الغينى ، البناية فى شرح الهداية ، دار الفكر ، بدون تاريخ نشر ، جـ ١٠ ، ص ٤٣ ،

(٢) عدا قوله تعالى : " كتب عليكم القتال وهو كره لكم " البقرة الآية ٢١٦ .
لأن كل ما فى القرآن من الكره بالضم فالفتح فيه جائز - ولهذا يستعمل الحب والإكراه متقابلين
قال تعالى : " وعسى أن تكرهوا شيئا وهو خير لكم وعسى أن تحبوا شيئا وهو شر لكم " البقرة الآية ٢١٦ .

د/ محمد أحمد مكي ، أركان وشروط الإكراه " دراسة مقارنة فى الفقه الإسلامى " ، المجلة القانونية الاقتصادية ، جامعة الزقازيق ، ١٩٩٣ ، ع ٥ ، ص ١٩٤ .

(٣) والإكراه يقال قام على كره أى على مشقة وأقامه فلان على كره أى أكرهه على القيام...
مختار الصحاح ، لأبى بكر الرازى ، طبعة بيروت ، دار الفكر العربى ودار القرآن الكريم ، ١٩٧٢ ، ص ٥٦٩

(٤) ابن منظور : لسان العرب ، دار المعارف ، بدون تاريخ نشر ، جـ ٥ ، باب كره ، ص ٣٨٦٥ .

(٥) الإمام علاء الدين أبى بكر بن مسعود الكاسانى الحنفى ، بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع ، دار الكتاب العربى ، بيروت ، ط ٢ ، ١٤٠٢ هـ - ١٩٨٢ م ، جـ ٧ ، ص ١٧٥ .

٧. مفهوم فقهاء الشريعة للإكراه :-

اختلفت تعريفات الفقهاء للإكراه فيعرفه رأى بأنه... " اسم لفعل يفعله المرء بغيره فينتقى به رضاه أو يفسد به إختياره مع بقاء أهليته ، وهذا إنما يتحقق إذا خاف المكره تحقيق ما توعد به ، وذلك إنما يكون من القادر والسلطات وغيره سيان عند تحقق القدرة . " (١)

ويعرفه آخر بأنه ... " فعل يوجد من المكره فيحدث في المحل معنى يصير به مدفوعا إلى الفعل الذى طلب منه. وفى الوافى هو عبارة عن تهديد القادر غيره على ما هده ويكره على أمر بحيث ينتقى به الرضا . " (٢)

ويعرفه ثالث بأنه ... " تهديد الغير على ما هدد بمكروه على أمر بحيث ينتقى به الرضا (٣) أو بأنه حمل الغير على فعل شئ بدون رضاه منه سواء مع سلب قدرته وإرادته أو مع وجودهما " (٤)

ويعرفه رأى أخير بأنه ... " حمل المرء غيره على أمر كان يمتنع عنه قبل الإكراه بتخويف المكره يقدر الحامل على إيقاعه - وبصير الغير خائفاً به فانت الرضا بالمباشرة " (٥) .

ويتبين من هذه التعريفات رجحان تعريف الفريق الأخير الذى يعرف الإكراه بأنه حمل المرء غيره على أمر كان يمتنع عنه قبل الإكراه بسبب تخويف وغلبة ظن المكره أن يقع ما هدد به لأن الشأن فى التعريف أن يكون كاشفاً للمعرف بصورة واضحة وظاهرة وهذا ما يتوافر فى التعريف الذى اخترناه (٥) .

(١) شمس الدين أحمد بن قودر ، نتائج الأفكار فى كشف الرموز والأفكار ، مكتبة ومطبعة مصطفى البابى بمصر ، بدون تاريخ نشر ، ج ٩ ، ص ٢٣٣ .

(٢) لأبى محمد محمود بن أحمد الغينى ، مرجع سابق ، ص ٤٣ .

(٣) زين الدين بن نجم ، البحر الرائق ، المطبعة العملية ، ط ١ ، ١٣١١ هـ ، ج ٨ ، ص ١٧٩ .

(٤) د/عبد الحميد ميهوب ، التكاليف الشرعية ، دار الكتاب الجامعى ، ط ١ ، ١٤٠٠ هـ ، ص ٨٤ .

(٥) عبد العزيز البخارى ، كشف الأسرار ، الصديق بيلشر - كرانشى باكستان ، بدون تاريخ نشر ، ج ٤ ، ص ١٠٥ .

(٥) د/ محمد زكريا البرديسى ، الإكراه بين الشريعة والقانون ، مجلة القانون والاقتصاد ، ١٩٦٠ ، ع ١٤ ، ص ٢ .

المطلب الثانى الإكراه اصطلاحاً

٨ لدى الفقه :-

تعددت تعريفات الفقهاء للإكراه

٩- (أولاً) فى مصر :

عرفه رأى بأنه " حمل شخص على إتيان فعل معين لا يقبله حكمة المتعقل ، فيما لو تركت له إرادته المعتبرة من الوجهة القانونية " (١) .

ويعرفه آخر بأنه ... " ضغط على إرادة الغير بحيث تشكل وفقاً لإرادة من يباشر الإكراه " (٢)

ويعرفه ثالث بأنه ... " ضغط يمارسه شخص على إرادة الجانى فيحمله على القيام بنشاط إجرامى معين " (٣) .

ويعرفه رابع بأنه ... " حمل الغير على إتيان ما يعد جريمة سواء تمثل ذلك فى صورة فعل أو امتناع " (٤) .

(١) د/ ذنون أحمد الرجيو ، النظرية العامة للإكراه والضرورة " دراسة مقارنة " ، رسالة دكتوراة حقوق القاهرة ، ١٩٦٨ ، ص ١

(٢) د/ مأمون محمد سلامة ، قانون العقوبات " القسم العام " ، دار الفكر العربى ، ط ٤ ، ١٩٨٤ ، ص ٣٦٤

(٣) فالجانى يقوم بنفسه بالنشاط الإجرامى ولكنه يفعل ذلك تحت تأثير ضغط يمارسه الغير على إرادته فيشلها شلاً ، ويجردها تجريداً من حرية الاختيار فينساق نحو العمل الذى قارفه وهو لا يملك قراراً لأن ذلك سوف يكلفه تضحية لا قبل له بتحملها ... د/ أحمد فتحى سرور ، الوسيط فى قانون العقوبات " القسم العام " ، دار النهضة العربية ، ١٩٨١ ، ص ٥١٢

(٤) د/ عوض محمد ، قانون العقوبات " القسم العام " دار المطبوعات الجامعية ، بدون تاريخ نشر ، ص ٥٢٤ .

ويعرفه رأى خامس بأنه ... " كل وسيلة من شأنها سلب إرادة المجنى عليه ويستوى فى ذلك الوسائل المادية والوسائل المعنوية " (١).

ويذهب رأى أخير إلى أنه ... " عارض نفسى كالجنون ولكنه يختلف عنه بأن الجنون يلغى الإدراك تماماً فى حين أن الإكراه يلاشى حرية الإرادة " (٢)

١٠- (ثانياً) فى فرنسا :

عرفه رأى بأنه ... " محو القدرة على التمييز والاختيار بسبب الاضطرابات النفسية والعصبية للجانى " (٣)

وعرفه آخر بأنه ... " يفرض غياب حرية الاختيار لعذر قهرى وقع على الجانى " (٤).

ويعرفه ثالث بأنه ... " ضغط مادي أو معنوى يمارسه المكره لسلب إرادة الجانى أو التأثير فيها " (٥).

ويعرفه رأى أخير بأنه ... " أفعال العنف التى يرتكبها الجانى على جسم المجنى عليه بقصد التغلب على المقاومة التى يبديها للحيلولة بينه وبين ارتكاب الجريمة " (٦)

ومن جماع ما تقدم نستطيع أن نعرف الإكراه بأنه ضغط مادي أو معنوى أياً كان مصدره يمارس على المكره لسلب إرادته أو التأثير فيها لإتيان ما يعد

(١) د/ فوزية عبد الستار ، شرح قانون العقوبات " القسم الخاص " دار النهضة العربية ، ط ٢ ، ٢٠٠٠ ، ص ٥٣٢

(٢) د / عبد الوهاب حومد ، الوسيط فى شرح القانون الجنائى الكويتى " القسم العام " ، بدون جهة نشر ، ط ٣ ، ١٩٨٣ ، ص ٢٧٨

(٣) Canin (P), Droit Pénal Général , Hachette , 2000. P. 79

(٤) ويعتبر المرض من قبيل الأعذار القهرية مثل إصابة المجنى عليه بحالة إغماء Syncope أو غثيان Avanouissement أو غيبوبة etate de come فيستغل الجانى هذه الحالة التى أصابت المجنى عليه

Besancon, 31 Déc 1857, S. 1858.2. 355, D. P. 1871 . 5. 33

Capagne (M. N), Droit Pénal Général, l'hermes, 2 ém, éd, 1993, no. 17, p. 63

(5) Soyer (J. C), Manuel droit penal et procedure pénalé, 7 ém, éd, 1987, no 17, p.106

- Merle (R) et vitu (A), traité de droit, Paris, 1973, no. 536, p. 603.

(6) Bouloc, repertoire de droit pénal et de procedure pénalé, 3 éd, 1990, P.1 vouin, no. 297, P. 362 .

جريمة سواء تمثل ذلك في صورة فعل أو امتناع ، وتبدو رجاحة هذا التعريف في شموله صور الإكراه وتعدد مصادره كما سيأتى تفصيلا.

١١- لدى القضاء :

تعددت تعريفات محكمة النقض للإكراه على النحو التالى :-

١٢- (أولا) فى جريمة السرقة :

ففى جريمة السرقة عرفته بأنه " ... كل وسيلة قسرية تقع على الأشخاص لتعطيل قوة المقاومة أو إعدامها عندهم تسهيلات للسرقة سواء كانت هذه الوسيلة من وسائل المادية التى تقع مباشرة على جسم المجنى عليه أو كانت تهديداً باستعمال سلاح ... " ^(١).

وفى حكم ثان " ... يتحقق الإكراه فى السرقة بكل وسيلة من شأنها تعطيل مقاومة المجنى عليه كما يصح أن تكون بالتهديد باستعمال سلاح ... " ^(٢)

وفى أحكام أخرى قضت بأنه " ... وإن كان القانون لم ينص فى باب السرقة بالمادة ٣١٤ على التهديد باستعمال السلاح وعلى عده بمنزلة الإكراه كما فعل فى بعض المواد الأخرى ، إلا إنه مادام التهديد باستعمال السلاح هو فى ذاته ضربا من ضروب الإكراه لأن شأنه شأن الإكراه تماماً من حيث إضعاف المقاومة وتسهيل السرقة ومادام القانون لم يخصه بالذكر فى المواد التى ذكره فيها مع الإكراه إلا لمناسبة ما اقتضاه مقام التحدث عن وجود السلاح مع الجاني ولم يقصد التفرقة بينه وبين الإكراه بل قصد التسوية بينهما فى الحكم فلا محل للقول بأن الإكراه لا يكون إلا باعتداء مادي وإنه لا يكفى فيه التهديد باستعمال السلاح فإن هذا التهديد لا يقل تأثيره عن تأثير الاعتداء المادي وعلة تشديد العقوبة متوفرة فيه كما هى متوفرة فى الاعتداء المادي ^(٣) وقد اضطرد قضاءها على ذلك ^(٤) .

(١) نقض ١٩٠٥/١/١٤ المجموعة الرسمية ، س ٦ ، رقم ٧٢ ، ص ١٠٥ - نقض ١٩٦٠/٢/٢٩ أحكام النقض ، س ١١ رقم ٣٤ ، ص ١٨١ - نقض ١٩٦٢/١١/٢٦ ، س ١٣ ، رقم ١٨٨ ، ص ٧٧٠ ، - نقض ١٩٨٤/٢/٢٨ ، س ٣٥ ، رقم ٤٢ ، ص ٢٠٥ - نقض ١٩٩٦/٣/٧ ، س ٤٧ ، رقم ٤٨ ، ص ٣٣٧ .

(٢) نقض ١٩٣٠/١/٢ مجموعة القواعد القانونية ، ج ١ ، رقم ٣٦٥ ، ص ٤١٥ - نقض ١٩٧٩/٤/١ ، أحكام النقض ، س ٣٠ ، رقم ٨٦ ، ص ٤١١ .

(١) نقض ١٩٤٣/٥/٢٤ ، مجموعة القواعد القانونية ، ج ١ ، رقم ١٩٧ ، ص ٢٧٠ .

(٢) نقض ١٩٥٢/١٠/٢٨ ، أحكام النقض ، س ٤ ، رقم ٢٠ ، ص ٤٧ - نقض ١٩٧٩/٤/١ ، س ٣٠ ، رقم ٨١ ، ص ٤١١ - نقض ١٩٨٥/٢/٦ ، س ٣٦ ، رقم ٣٤ ، ص ٢١٤ - نقض ٩

١٩٩٢/١١/١١ ، س ٤٣ ، رقم ١٥٦ ، ص ١٠١٤ .

ويتبين مما سبق إنه في مجال السرقة فقد ساوت محكمة النقض (لتحقيق الإكراه) فيما بين التهديد باستعمال السلاح واعتبرته بمنزلة الإكراه وبين كل وسيلة قسرية تستعمل لغل يد المجنى عليه عن المقاومة والحيلولة بينه وبين منع الجاني من مقارفة جريمته ^(١) .

(١) وهذا لقضاء يبدو محلاً للنظر : حيث لنقسم لفقته إزاء نص المادة - ٣١٤ عقوبات إلى اتجاهين : أولاً : يذهب إلى تأييد قضاء النقض والتسوية بين الإكراه المادي والتهديد باستعمال سلاح في جناية السرقة بالإكراه لعدة اعتبارات :

(أ) أن لفظ الإكراه جاء عاماً في النص وهو في عمومته يشمل نوعي الإكراه .
(ب) أن التهديد باستعمال السلاح هو في ذاته إكراه إذا يضاعف مقاومة المجنى عليه ويسهل السرقة .
(ج) إذا كان المشرع في جناية السطو (م/٢١٢) وجناية السرقة في الطرق العمومية ووسائل النقل (م/٢١٥) وجناية سرقة أسلحة الجيش ونخبرته (م/٢١٦) قد سوى بين الإكراه والتهديد باستعمال السلاح فذلك لم يكن إلا لمناسبة ما اقتضاه مقام التحدث عن وجود سلاح مع الجناه... ومن المؤيدين... د/ مأمون سلامة ، قانون العقوبات " القسم الخاص " ، جرائم الاعتداء على الأشخاص والأموال ، دار الفكر العربي ، ١٩٨٢ ، الجزء الثاني ، ص ٢٠٢ - د/ عبد العظيم وزير ، شرح قانون العقوبات ، القسم العام ، جرائم الاعتداء على الأموال ، دار النهضة العربية ، ١٩٩٢ ، ص ٢٣٤ ، د/ أحمد شوقي أبو خطوة ، قانون العقوبات " القسم الخاص " ، دار النهضة العربية ، ١٩٩٤ ، ص ١٣٥ .
الاتجاه الثاني : وهو ما تؤيده والسائد في مصر ويذهب إلى قصر الإكراه على استعمال وسيلة القسر المادية فقط وذلك لعدة اعتبارات :-

(أ) الحجة الأولى التي استمدت من إطلاق لفظ الإكراه في القانون لا يمكن الأخذ بها لأن مؤداها اعتبار الإكراه المعنوي في جميع صورته كافيًا ليقوم به الطرف المشدد ، وهي نتيجة يجمع الفقه والقضاء على رفضها .

(ب) القول بأن القانون قد سوى بين الإكراه واستعمال سلاح في نصين من نصوصه فيتعين التسوية بينهما في سائر نصوصه ليست حاسمة في تدعيم هذا الرأي فقد يفسر إغفال نص الشارع على التهديد باستعمال السلاح في المادة (٣١٤) من قانون العقوبات في معنى قصده رفض المساواة بين التهديد والإكراه خلافاً لما لورده في النصوص الأخرى .-

(ج) من ناحية أخرى المادة ٣٢٥ تنص على عقوبة سرقة الأوراق بالقوة أو التهديد ، كما أن المادة ٣٢٦ تنص على عقوبة سرقة النقود بالتهديد . ومن البديهي أن تخصيص نصوص لبيان العقوبة في حالة التهديد يعني أن التهديد شيء آخر غير الإكراه التي نصت عليه المادة ٣١٤ عقوبات - ومن ثم يكون حرص المشرع على إضافة التهديد باستعمال السلاح إلى الإكراه في المادتين ٣١٣ ، ٣١٥ من قانون العقوبات يمكن أن يفسر في معنى تقرير الشارع أن الإكراه لا يشمل على التهديد لأنه لو كان يشمل لكتفى به .

والتعليل الحقيقي لقضاء النقض أن عدم ذكر الشارع " التهديد باستعمال سلاح " في المادة ٣١٤ عقوبات مع حرصه على ذكره في المادتين ٣١٣ ، ٣١٥ من ذلك القانون هو نوع من السهو ، فيكون بذلك أدنى إلى الخطأ المادي في النص ... من مؤيدي هذا الاتجاه : د/ محمود نجيب حسني ، شرح قانون العقوبات " القسم الخاص " ، دار نافع للطباعة والنشر ، ١٩٨٧ ، ص ٩١٤ ، د/ فوزية عبد الستار ، شرح قانون العقوبات " القسم الخاص " ، مرجع سابق ، ص ٥٦ ، د/ حسنين عبيد ، الوجيز في قانون العقوبات " القسم الخاص " ، دار النهضة العربية ، ١٩٩٧ ، ص ٢٥٠ - د/ عبد المهيم بكري ، قانون العقوبات " القسم الخاص " ، دار النهضة العربية ، ١٩٧٧ ، ط ٧ ، ص ٨١٧ .

١٣- (ثانياً) : فى جريمة هتك العرض

فالقضاء قد استقر على أن ركن القوة فى جنائية هتك العرض يكون متوفراً كلما كان الفعل لهذه الجنائية قد وقع بغير رضا من المجنى عليه سواء باستعمال المتهم فى سبيل تنفيذ مقصده وسائل القوة أو التهديد أو غير ذلك مما يؤثر فى المجنى عليه فيعدم الإرادة ويفقد المقاومة أو بمجرد مباغته المجنى عليه وبانتهاز فرصة فقدانه شعوره واختياره إما لجنون أو لغيوبة أو لآى سبب آخر فيتحقق الإكراه " عدم الرضا " ... بكل مؤثر يقع على المجنى عليه من شأنه أن يحرمه حرية الاختيار فى الرضاء وعدمه سواء إن كان هذا المؤثر آتياً من قبل الجانى كالتهديد والإسكار والتتويم المغناطيسى وما أشبهه أم كان ناشئاً عن حالة قائمة بالمجنى عليه كحالة النوم أو الإغماء أو ما أشبهه " (١).

وفى حكم آخر " ... مفاجأة المتهم للصبى المجنى عليه ومباغته له على غير رضاه مكون لركن القوة والإكراه ... " (٢)

وفى حكم أخير يتحقق الإكراه " ... بكافة صور انعدام الرضا لدى المجنى عليه - تمامه - بكل وسيلة قسرية تقع على الأشخاص بقصد تعطيل قوة المقاومة عندهم سواء بوسائل مادية تقع على أجسامهم أو بالتهديد باستعمال سلاح " (٣)

١٤- أوجه الاختلاف بين الإكراه فى السرقة والإكراه فى جريمة هتك العرض:

مناطق الاختلاف بين الإكراه فى السرقة والإكراه فى هتك العرض يتمثل فى درجة العنف. ففى جريمة السرقة الأمر يتطلب قدراً أكبر من العنف بطريقة ظاهرة

(١) نقض ١٩٢٨/١١/٢٢ مجموعة القواعد القانونية ، جـ ١ رقم ١٦ ، ص ٢٢ - نقض ١٩٣٦/١١/٢٣ ، جـ ٤ ، رقم ١٦ ، ص ١٨ - نقض ١٩٩٢/٢/١٨ ، أحكام النقض ، س ٤٣ ، رقم ٣٠ ، جـ ٤ ، رقم ٤٣٥ ، ص ٦٨٨ .

(٢) نقض ١٩٣٥/٦/٣ مجموعة القواعد القانونية ، جـ ٢ ، رقم ٣٨٥ ، ص ٤٨٨ - نقض ١٩٤٢/٦/٢٢ ، جـ ٤ ، رقم ٤٣٥ ، ص ٦٨٨ .

(٣) نقض ١٩٨٦/١٠/٢١ أحكام النقض ، س ٣٧ ، رقم ١٥٠ ، ص ٧٨٣ - نقض ١٩٩١/١٢/٥ ، س ٤٢ ، رقم ١٧٨ ، ص ١٢٨٤ - نقض ١٩٩٣/١/١٧ ، س ٤٤ ، رقم ٩ ، ص ٨٦ - نقض ١٩٩٤/٤/١٩ ، س ٥٤ ، رقم ٨٨ ، ص ٥٤١ - نقض ١٩٩٦/١٠/٩ ، س ٤٣ ، رقم ١٣٧ ، ص ٩٥١ .

حيث أن السرقة من شخص نائم لا تعتبر سرقة بإكراه إذ لم يقم السارق بأى عمل يعدم به مقاومة المجنى عليه.

كذلك لا يتوافر الإكراه بوقوف الجانى إلى جوار المجنى عليه النائم ولو كان ذلك أثناء السرقة بقصد تعطيل مقاومته إذا استيقظ كما لا يتوافر الإكراه بمجرد اختطاف الشئ المسروق من المجنى عليه وفراره به قبل تنبه قوة المقاومة عنده^(١).

فى حين أن درجة العنف فى جريمة هتك العرض تتحقق ولو بدرجة يسيرة أى بالإكراه بنوعيه أو بالغش أو الخداع أو المباغطة أو باستغلال فقد المجنى عليه للشعور أو الاختيار إما لأسباب طبيعية كالنوم وإما بسبب مرض أو بسبب انعدام التمييز الراجع إلى صغر السن ومفاجأة المتهم المجنى عليها أثناء نومها وتقبيله إياها - وإمساكه بتيديها يتحقق به جنائية هتك العرض بالقوة لما فى ذلك من مباغته وعلى العموم فإن القول بتوافر الإكراه وقيام الصلة بينه وبين الجريمة المرتكبة من الأمور التى يستقل بها قاضى الموضوع يعتبر معقب عليها مادام استخلصها مما ينتجها.^(٢)

(١) نقض ١٠/١٠/١٩٢٩ ، مجموعة القواعد القانونية ، ج ١ ، رقم ٢٨٧ ، ص ٣٤٦ - نقض

١٢/١/١٩٧٥ ، أحكام النقض ، س ٢٦ ، رقم ٨ ، ص ٣٢

(٢) نقض ٣٠/١١/١٩٧٥ ، أحكام النقض ، س ٢٦ ، رقم ١٧٣ ، ص ٧٨٦ - نقض ٩/١١/

١٩٩٢ ، س ٤٣ ، رقم ١٥٦ ، ص ١٠١٤ - نقض ٨/٤/١٩٩٦ ، س ٤٧ ، رقم ٦٧ ، ص ٤٧٩

- نقض ٩/٥/١٩٩٦ ، رقم ٨٤ ، ص ٦٠٢ - نقض ٤/١٠/١٩٩٧ ، أحكام النقض ، س ٤٨ ،

رقم ١٥٠ ، ص ١٠٠٩ .

المبحث الثانى

التطور التاريخى لفكرة الإكراه

١٥- تمهيد وتقسيم :

إن الدراسة التاريخية لأى علم تمثل أهمية لا يمكن إنكارها. لأن لكل علم جذوراً يرتبط بها ماضيه بحاضره .

وفيما يتعلق بنظرية الإكراه فإنه يمكن إرجاعها للعالم الإنسانى فهى قديمة قدم العالم وأساس ذلك التنازع الخطير بين ما يمكن تسميته بغريزة حب البقاء وبين النصوص القانونية المفروضة على المجتمع. ^(١)

فالإنسان يحب الحياة بدافع غريزة حب البقاء لذلك فهو يعمل على الحفاظ على حياته ومن ثم كان لابد أن يحصل على احتياجاته الضرورية ولو لجأ إلى الإكراه فى طلبها خاصة وأن الإنسان مدنى بطبعه فهو لا يستطيع أن يعيش بمعزل عن غيره ^(٢) .

وإذا وضعنا متطلبات هاتين الغريزتين حب البقاء وحب الاجتماع إلى جانب غريزة حب السيطرة والاستئثار إنطلاقاً من أن الإنسان أنانى بطبعه لوجدنا أنه لا محال سيقع تعارض وصراع بين الأفراد.

ومن هذا المنطق نستطيع استبيان نظرية الإكراه.

ونحن فى دراستنا لتاريخ نظرية الإكراه تقتصر على ما أمكننا الرجوع إليه من التشريعات القديمة وذلك على النحو التالى :

المطلب الأول : مرحلة القوة أو القضاء الخاص (ما قبل نشوء الدولة).

المطلب الثانى : الشرائع القديمة (ما بعد نشوء الدولة).

المطلب الثالث : الشريعة الإسلامية .

(1)Edauars towfik hazzan an, l'état de nécessité en droit pénal ,Thèse Paris, 1949, p.1

ومشار اليه ... د/ يوسف قاسم ، نظرية الضرورة فى الفقه الجنائى الإسلامى والقانون الجنائى الوضعى ، دار النهضة العربية ، ١٩٩٣ ، ص ١١ .

(٢) وقد عبر أرسطو عن ذلك بأن الذى لا يستطيع أن يعيش فى الجماعة وليس له استغلال حاجات ... هو بهيمة أو آلة ... كتاب السياسة لأرسطو ... ترجمة أحمد لطفى السيد ، ص ٩٦ ... مشار اليه د/ عادل بسيونى ، الوجيز فى تاريخ النظم القانونية والاجتماعية ، دار الثقافة العربية ، ٢٠٠٣ ، ص ١١ .

المطلب الأول

مرحلة القوة

١٦- تقسيم:

نتناول في هذا البحث ، دراسة الإكراه في مرحلة المجتمعات البدائية حيث القوة والانتقام الفردي ، ثم ننقل إلى بدايات التوحيد وعدم الشرك وهي مرحلة الأحكام الإلهية حيث كان الإكراه هو وسيلة الإثبات على النحو التالي :

١٧- الإكراه في المجتمعات البدائية (١):

في هذه الحقبة من التاريخ القديم سادت فكرة الانتقام الخاص (Vengeance Privée) أى انتقام الفرد لنفسه بمفرده أو بمساعدة أسرته أو عشيرته - من المعتدى فرداً كان أم قبيلة - ذلك بأن هذه الصورة هي التي تتلاءم مع الصورة البدائية للحياة البشرية حيث يعيش الناس قبائل أو عشائر متفرقة متناثرة لا يربطها نظام ولا يحكم علاقاتها ومنازعاتها قانون ، فإذا ما وقع اعتداء على قبيلة أو أحد أفرادها لا مناص من أن يهب المعتدى عليه أو عشيرته فوراً أو بعد تدبير على السبيل بالعدوان وأفراد قبيلته - فالحكم كان للقوة العضلية أو الهيمنة وهذا الحكم هو ما نسميه شريعة الغاب.

وكانت الإجراءات الخاصة بإثبات الحق لم يكن لها ضابط بل كانت تتم وفقاً لاقتناع تسيطر عليه سمات المجتمع البدائي وطباعه بعيداً عن قواعد المنطق وإدراك العقل (٢).

ومع ذلك فالصورة التي صورناها لحياة الناس في الطور البدائي لا تخلو بشتاً من كل أثر ونواه لفكرة العقاب لأن حق العقاب يباشره رئيس القبيلة باسمها ضد المعتدى من أفرادها ذلك بأن طبيعة نظام القبيلة يقتضى أن يكون لها بعض القواعد والمبادئ العرفية التي تدير عليها أفرادها تحت سلطة عميدها أو شيخها والتي إذا خولفت استحدثت عندئذ استهجان الجميع وغضبهم واستوجببت بالتبعية إنزال العقاب بالمخالف للمعتدى (٣).

(١) يطلق على العصر الذي عاشت فيه هذه المجتمعات العصر الحجري القديم حيث كان الإنسان يستخذ أدواته من الحجر ويستعين بها في تسهيل سبل معيشته ... د/ محمود سلامة زنتى ، تاريخ النظم الاجتماعية والقانونية ، دار النهضة العربية ، ١٩٧٦ ، جـ ١ ، ص ١١٣ - د/ محمد السعيد مصطفى ، أثر الإكراه على الإرادة في المواد الجنائية " دراسة مقارنة " ، دار النهضة العربية ، ٢٠٠٢ ، ص ١٢.

(٢) د/ صوفى أبو طالب ، مبادئ تاريخ القانون - دار النهضة العربية ، ١٩٦٧ ، ص ٥٥.

(٣) د / على أحمد راشد ، مبادئ القانون الجنائي ، دار النهضة العربية ، ط ٢ ، ١٩٧٤ ، ص ٢٠.

وبعد أن عرف الإنسان الزراعة وذاق طعم الاستقرار وهدأت نفسه واعتبر ذلك إنجازاً صحيحاً يبرز هجر القوة والبعد عنها نظراً لما يؤدي إليه من حروب وصراعات هذا إذا - أضفنا إلى هذا العامل الاقتصادي عاملاً سياسياً لا يقل أهمية عن العامل الأول تمثل في نفوذ رئيس الجماعة وفرض هذا النفوذ من خلال سلطاته على بقية أفراد الجماعة.

كل هذا مع الاقتناع بأن مساوئ القوة ومضارها أكثر من نفعها ، كل هذا أدى إلى تهذيب القوة وحصرها في أضيق نطاق لذلك عرف الإنسان نظام التصالح كوسيلة لحقن الدماء وحصر دائرة الانتقام في أضيق نطاق^(١).

(١) القصاص (la loi de talion) حيث ينزل بالفاعل عقوبة تماثل الأذى الذي ألحقه بالمجنى عليه ، فهنا يتم التماثل بين فعل الاعتداء وفعل الانتقام ، ويعتبر نظام القصاص تطبيقاً لمبدأ شخصية العقوبة وقد جاء بنص المادة - ١٥٦ من قانون حمورابي " العين بالعين والسن بالسن والصوب بالصوب والرجل بالرجل والمرأة بالمرأة والأبن بالأبن " وقد جاء القرآن الكريم قوله تعالى (ولكم في القصاص حياة يا أولى الألباب) ... البقرة الآية - (١٧٩).

الدية (La composition) وهي تمثل قمة التطور بالنسبة لنظام التصالح وتقوم فلسفة نظام الدية على تعويض المضرور عما أصابه من ضرر ، إذ فيها معنى التعويض وتضميد لجراح أهل المجنى عليه هذا من ناحية ومن ناحية أخرى تستهدف الدية إقضاء الجاني نفسه ... د/ عادل بسيوني ، المرجع السابق ، ص ٥٣.

د/ عمر الفاروق الحسيني ، علم الإجرام وعلم العقاب ، بدون جهة نشر ، ط ٢ ، ٢٠٠٠ ، ص ٤٦٧.

هذا وقد استحدث المشرع نص ١٧٤ لسنة ١٩٩٨ نظام التصالح في الدعوى الجنائية وذلك في نصين هما المادة ١٨ مكرراً ، ١٨ مكرراً (١) فنص في المادة الأولى على حق المتهم في التصالح دون توقف على قبول المجنى عليه ونص في المادة الثانية على حقه في التصالح مع المجنى عليه وبين أثر كل من الإجراءين وقد عللت لجنة الشئون الدستورية والتشريعية بمجلس الشعب في تقريرها بالتعديل المتمثل في استحداث النصين المشار إليهما أنه قد بنى - علي ما ورد في المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون - على نطاق التصالح في جرائم المخالفات وبعض الجناح ، وأجاز ، الصلح بين المتهم والمجنى عليه في البعض الآخر كسبب لانقضاء الدعوى الجنائية ولو كانت مرفوعة بطريق الإدعاء المباشر ولا أثر للصلح على حقوق المضرور من الجريمة ... د/ إبراهيم حامد طنطاوي ، الصلح الجنائي " دراسة مقارنة " دار النهضة العربية ، سنة ٢٠٠٠ ، ص ١٧ - د/ عبد الحميد الشوربي ، المستشار/ عز الدين الدناصوري ، التعليق على القانون رقم ١٧٤ لسنة ١٩٩٨ ، بدون جهة نشر ، ص ٦.

وقد عرف التشريع الفرنسي نظام التصالح بموجب القانون الصادر في ٢ نوفمبر ١٩٤٥.

ثم نظم المشرع أحكامه بإدخال تعديل على قانون تحقيق الجنايات في ١٩٥٢ حيث تناول المواد من ١٦٦ - ١٧١ من قانون تحقيق الجنايات.

Le vasseur (G), le droit pénal économique, cour de docatrat, le caire 1960 - 1967, P. 260 وتوالت التشريعات الجنائية الخاصة التي تجيز التصالح ، من ذلك قانون الضرائب العامة (مادة ١٨٧٩) وقانون الجمارك لسنة ١٩٤٨ (المادة ٣٥٠) وقانون النقابات لسنة ١٩٨٥ (المادة ٥٣) (٢٠)

Stefani (G), Levasseur (G), Bouloc (B), procédure pénale, Dalloz, 13, éd. 1987, no. 137, P. 157, note (2).

وطبقاً للقانون الصادر في ٣١ ديسمبر ١٩٧٠ بشأن إيمان المخدرات Toxicomanie وبموجب المادة ٦٢٨ - ١ من قانون الصحة العامة فإن سلطة الاتهام تملك الحق في الاختيار بين رفع الدعوى الجنائية على من يثبت أدمانهم تعاطي المواد المخدرة وبين دعوتهم للخضوع لعلاج الإدمان ومتى قبلوا العلاج وتم إنجازه فلا يجوز رفع الدعوى الجنائية عليهم لأن قبولهم الخضوع للعلاج يعتبر صلحاً يؤدي إلى انقضاء الدعوى الجنائية ضدهم.

د / عزت السوقي ، قبول الدعوى الجنائية بين النظرية والتطبيق ، رسالة دكتوراة ، حقوق القاهرة ، ١٩٨٦ ، ص ٩٨ - ومشار إليها د / إبراهيم حامد طنطاوي ، مرجع سابق ، ص ٩.

وبموجب المادة الأولى من القانون ١٥ - ٥ - ٩٩ أجاز المشرع للمتهم الحق في طلب التصالح ويشترط في ذلك أن يكون المتهم بالغاً وأن يقر بارتكاب الجريمة ، وألا تكون الدعوى الجنائية قد حركت ضده بالفعل كما يتعين التزام المتهم بالوفاء بالالتزامات الواردة في المادة ٤١ - ٢ من قانون الإجراءات الجنائية.

Borricand (J) et simon (A. M) , droit pénal, procédure pénale, dalloz, 2 éd. 2000, p.235.

وكان الإكراه هو وسيلة الإثبات للحصول على الدليل بصرف النظر عن رعية هذه الوسيلة فلم تكن هناك هيئات قضائية منظمة في هذه الحقبة تتولى تحقيق أدلة أو الفصل في النزاع بصفة عامة ومن ثم ثارت صعوبة تتعلق بكيفية التثبت من ارتكاب الجاني فعلته - خصوصاً في حالة عدم اعترافه - إلا أن الجماعات الأولى قد تواضعت على وسائل معينة وأدلة إن جاز لنا استخدام هذا الاصطلاح وفق مع فلسفة المجتمع الاجتماعية والفكرية في ذلك الوقت وتتمثل في :-

١. الإحتكام إلى مهارة الخصمين سواء في ذلك المهارة الفنية في الشعر أو الغناء كما كان عند الإغريق والرومان حيث كان صاحب الحق هو من يواصل الغناء ، إلقاء الشعر لمدة أطول ، الإحتكام للقوة العضلية للخصمين حيث كان الأمر يتم في صورة عراك بين الخصمين أمام أفراد الجماعة أو يقتصر الأمر على مجرد الملاكمة أو المضاربة (١).

٢. الإحتكام إلى المحنة (Ordalie) أي ابتلاء الشخص بموقف معين فإن نجا منه كان صاحب حق وإن لم ينج كان هو المذنب وذلك كوضع الطعام في مكان مكشوف ومن تأكل الطيور طعامه يكون هو المخطئ أو أن يوضع كأسان أحدهما مسموم ومن يشرب من الكأس المسموم يكون هو المخطئ أو الإحتكام إلى المصادفة البحتة مثل مراقبة حركات بعض الحشرات أو اتجاه الطيور في طيرانها (٢).

٣. الإحتكام إلى كاهن الجماعة : حيث أن الوسائل السابقة تعتمد إلى حد كبير على عامل الصدفة البحتة وبالتالي لم تكن تحقق العدالة بالقدر المطلوب ومن هنا ظهرت صورة ثالثة للتحكيم وهو الإحتكام إلى شخص ثالث غالباً ما كان يتمتع بمكان مرموقة في جماعته - (٣).

(١) د / عادل بسيوني ، مرجع سابق ، ص ٦١.

(٢) د/صوفي أبو طالب ، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية ، دار النهضة العربية ، ١٩٨٨ ، ص ٤٧ .

د/ عمر الفاروق الحسيني ، مرجع سابق ، ١٩٨٦ ، ص ١٤.

(٣) د/ رمسيس بهنام ، الإجراءات الجنائية تأصيلاً وتحليلاً ، منشأة المعارف ، ١٩٧٨ ، ج ١ ، ص ١٩.

ومن جماع هذا يتضح لنا بجلاء أن الإكراه في هذه المرحلة كان يدور حول تحرى الحقيقة بقدر الإمكان بصرف النظر عن الوسيلة المستخدمة للوصول إليها وقد ظل هذا الاعتقاد سائداً حتى عهد غير بعيد وهو القرن التاسع عشر.

١٨- مرحلة الأحكام الإلهية:

بالرغم من أن الإنسان الأول آدم عليه السلام قد عرف التوحيد إلا إنه مع انتشار ذريته في بقاع الأرض فإنهم قد نسوا كثيراً من أوامر الله ونواهيه مما أدى إلى انتشار الفساد والانحراف وظهور رجال الدين حيث كانوا وسطاء بين الأفراد والآلهة عن طريق ما يؤدونه لها من شعائر وطقوس وما يقدمونه لها من قربان لاسترضائهم ، ومن هنا ظهرت قاعدة أن الصيغ والطقوس تتشئ الحق وتحميه ^(١) واستندت العدالة في هذه الحقبة على الكهنة الذين كانوا يقومون باستشارة الآلهة في المسائل الجنائية وفي إحدى الوثائق يتهم أحد مشرفي معبد آمون في طيبة بسرقة بعض الأشياء فتوضع الآلهة في مركبة ويحمل إلى جهة خاصة في المعبد وتدون عبارتان متناقضتان الأولى تحمل " يا آمون رع يقال عن تحتمس هذا انه يحوز الأشياء المفقودة ". ويسأل الإله عما إذا كان يريد أن يفصل في الموضوع فيجيب بنعم وعندما توضع العبارتان أمامه يشير آمون مرتين إلى تلك التي تضمن براءة المتهم ^(٢) .

وفي حالة ما إذا كان المتهم غير معروف وجئ به وسط آخرين مشتبه فيهم يقدمون جميعاً إلى الإله الذي يشير بيده نحو الجاني وأن يسمع صوتاً ينبه بأن هذا هو السارق وكانت هذه الطريقة تتم باختفاء أحد الكهنة خلف التمثال ليأتى بهذه

(١) وكان رغم الطبيعة الإلهية لفرعون يجعله مصدراً سماوياً للتشريع فهو يقول القانون وينهض بين الناس بإقامة العدل من حيث هو أمين آلهته والقائم باسمها على تحقيقه.

وإذا كان على فرعون أن يقيم حكمه على العدل وأن يقيمه بين الناس في منازعاتهم ولكن هذا لا يمكن إطلاقه في مجتمع يكثر فيه الناس وتكثر فيه مشكلاتهم وإن كان طبيعياً أن يقتصر فرعون على التوجيه والإشراف وأن يكل إلى وزير رئاسة القضاة ، والوزير كان يرأس ما كان يعرف بمحكمة الفرق الست العليا وكان يرأس كل غرفة منها حاكم رفيع الدرجة وكان أعضاؤها يعرفون برؤساء أسرار الأحكام "Chefs des secrets des Jugements" ... د/ محمود سلامة زناتى ، موجز تاريخ القانون المصرى ، بدون تاريخ نشر ، سنة ١٩٨٦ ، ص ٧٩.

د/ محمد بدر ، تاريخ القانون الفرعونى ، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ، س ١٩ ، سنة ١٩٧٧ ، ع ٢ ، ١ ، ص ١٣٧.

(٢) د / فتحى المرصفاوى ، تاريخ القانون المصرى ، دار الفكر العربى ، ١٩٧٨ ، ص ١٧٢ .

لأصوات والحركات ويتم الفصل في الخصومة الجنائية بتلك الوسائل المشوبة
السحر والخداع وهذه الطريقة قد يحالفها الصواب فيحدد الجاني وقد يظلم فيه
يحكم عليه على الرغم من كونه بريئاً بيد أنه في كثير من الأحيان يكون لجلالة
لموقف وقدسية المكان من الأثر ما يحمله على الإعراف بالجريمة المنسوبة إليه^(١)
وفي قضية نهب المقابر الملكية في عهد رمسيس التاسع أمرت لجنة التحقيق
لتي شكلت من الوزير واثنين من القضاة بضرب كبير اللصوص وفعلاً بعد تكرار
الضرب اعترف على باقى المتهمين^(٢).

وهكذا يتضح لنا دور الإكراه في هذه المرحلة حيث كان مقصوراً على
إثبات الدليل بغض النظر عن مشروعية الوسيلة من تعذيب وضرب لإنتزاع
الإعتراف إعمالاً للقاعدة السائدة أن الصيغ والطقوس تنشئ الحق وتحميه.

(١) د/ عبد الحافظ عبد الهادي ، الإثبات الجنائي بالقرائن ، رسالة دكتوراه " حقوق القاهرة " ،
١٩٨٩ ، ص ٢٠ .

(٢) د / بهاء الدين إبراهيم محمود ، وسائل البحث والتحقيق عند الفراعنة ، مجلة الأمن العام ،
٧ ، ١٩٦٤ ، ٢٦٤ ، ص ٨٢ .

ويروي ديودور الصقلي رواية غريبة لم يؤيده فيها أحد من الباحثين عن السرقة عند الفراعنة ، فقد
ذكر أن القانون لم يكن على الأقل في وقت من الأوقات - ينظر إليها كعمل مشين مستحق
العقاب ، بل كان ينظم " حرفة السرقة " فيوجب على السارق أن يقيد اسمه عند " شيخ
اللصوص " وبعد كل حادثة سطو يسلمه ما حصل عليه منها ويعطيه بيانات كافية عن زمان
السطو ومكانه . وكان للمجنى عليه دائماً أن يسترد ماله المسلوب إذا قدم إلى شيخ اللصوص
الأمارات الكافية على ملكيته له ويشترط أن يدفع له إتاوة تعادل ربع قيمته.

وهذه الرواية يستبعد صحتها تماماً جمهور المؤرخين وتتقصها شواهد جمة منها انه من غير
المتصور أن يتهاون الشارع في السرقة وفي نفس الوقت يعلق على الملكية الفردية أهمية
قصوى ويحيطها مع الحيازة بضمانات عديدة كما يفعل الشارع المصري ، ثم انه كان صارماً
في اتباع مبادئ الأمانة إلى حد إلزام رب كل أسرة بأن يقدم سنوياً إقراراً منفصلاً بوسائل
عيشه حتى يقع بشدة كل كسب غير شريف. ثم كيف يقبل نظاماً كهذا شارع لم يقرأ أبداً
قانون الأقوى في أية صورة من الصور ؟

وأوراق البردي زاخرة بالمحاكمات عن السرقات وكانت العقوبات قاسية إلى حد أن
هيرودوت يروي انه سمع من كهنة عين شمس قصة من لص قبض عليه متلبساً بأمر من
الملك فكان اللص يطالبهم بقطع رأسه قبل أن تقع عليه عين الملك.

وكذلك فإنه من غير المتصور أن السرقة التي تحرمها الشرائع قديمها وحديثها يمكن أن
يتهاون في تحريمها في أي وقت من الأوقات تشريع صارم أملت أخلاق أشد صرامة.

كل هذا يحمل على الاعتقاد بخطأ الرواية التي رواها ديودور وإنما ما مصدر هذا الخطأ ؟ ...

يعتقد العلامة دي بو (De paux) أن ديودور اعتبر قانوناً مصرياً مجرد اتفاق ربما عقد مع
بعض الرحل الذين كانوا يسطون على قوافل المسافرين وأحياناً على القرى النائية رغم قسوة
التشريع ... د/ رؤوف عيد ، بحث في القانون الجنائي عند الفراعنة ، المجلة الجنائية القومية
، المجلد الأول ، ٣٤ ، ص ٦٥ .

المطلب الثانى

مرحلة الشرائع القديمة

١٩- قانون مانو (١) :

ويتضمن هذا القانون بعض الحالات التى يمكن اعتبارها تطبيقاً لنظرية الإكراه ومن هذه الحالات :

(أ) البرهمى الذى تمضى عليه ست وجبات أو ثلاثة أيام دون أن يأكل شيئاً عليه عند الوجبة السادسة أو فى صباح اليوم الرابع أن يأخذ الشئ الذى يأكل منه أثناء الرحلة دون أن يهتم باليوم التالى.

وظاهر أن النص يفترض أن البرهمى إذا كان فى حالة سفر وقد نفذ طعامه أو فقده وظل ثلاثة أيام بلا طعام فإنه يأخذ من طعام الغير القدر الذى يأكل منه بشرط أن يأخذ ما يسد حاجته فى هذا اليوم فقط دون أن يهتم باليوم التالى وأن الملك العادل لا يوقع أى غرامة على هذا الرجل الذى يسرق ما يكون ضرورياً لإتقاذ حياته (٢).

(١) يعتبر هذا القانون من الآثار القانونية القديمة حيث يرجع تاريخه إلى ١٢٨٠ ق. م وهو قانون دينى يقال أن مانو تلقاه من براهما لينظم حياة المجتمع الهندى كله وهو يتكون من مجموعة من الآثار القانونية القديمة التى صيغت فى أبيات من الشعر يصل إلى ٢٦٨٥ بيتاً ويقوم فى الوقت ذاته على طبيعة المجتمع الهندى وقد ترمت فى ذلك إلى أبعد الحدود - حيث قسم المجتمع الهندى إلى طبقات أربع : البراهمة وهو الصفوة - والكشائرية ثم الفيزيا وأخيراً الشوادر.

وتختلف العقوبة التى تطبق على الجانى باختلاف طبقته وطبقة المجنى عليه.

د / أحمد محمد خليفة ، النظرية العامة للتجريم ، رسالة دكتوراة حقوق القاهرة ، ١٩٥٩ ، ص ٦٨.

(2) Edouars tawfik hazzan, Op . Cit, P.3 .

د / يوسف قاسم ، المرجع السابق ، ص ١٣.

ب (إذا توقفت حياة البرهمن على تغيير في مضمون الشهادة أمام القضاء فإن ذلك يعتبر من حالات الإكراه التي تبرر هذا التغير من أجل إنقاذ حياة البرهمن^(٣))
ويتبين من هذا أن الإكراه كان في القانون الهندي القديم محدوداً من حيث
درجة الاضطرار إزاء الفعل المرتكب وجعله في حكم المباح.

٢٠- القانون الروماني :

يعتبر القانون أخص خصائص الروح الرومانية وأبقى مظهر من مظاهرها،
وهو أساس التاريخ الروماني وجوهره .

ويقصد بالقانون الروماني مجموعة القواعد والنظم القانونية التي كانت تطبق
في الدول الرومانية وفي البلاد التي ضمتها إليها وذلك منذ نشأة روما عام ٧٤٥ ق.
م إلى وفاة الإمبراطور جوستيان عام ٥٦٥ م^(١) ، وكان الرومان مثل الإغريق
يفرقون بين المواطن (Le citoyen) من جهة والعبد (L'esclave) من جهة
أخرى وبينما لم يكن الأول يقع تحت وطأة التعذيب فإن الثاني - وهو محروم من
كل هوية مدنية ليس إلا مجرد شيء مملوك لسيده وكانت هذه السطوة من السيد على
العبد مظهراً من مظاهر ملكية الأول للثاني ، وهو أمر مشروع ومن ثم فإنها بمنأى
من أية قيود أو ضوابط^(٢) وكان يمكن الاستشهاد بالعبيد في الدعاوى الجنائية
 والمدنية على السواء ، ولكن كيف كان يتم ذلك والفرض هو أن العبد شيء من
الأشياء ، بينما يجب أن يكون الشاهد مقنعاً لمن يستمع إليه وهذا يتطلب أن يكون
الشاهد ذا مكانة أدبية معينة لا يرقى إليها العبد أبداً ؟ كذلك فإن الشهادة تتطلب حلف
اليمين ، والرجل الحر فقط هو الذي يملك ذلك. وكان حل هذه المشكلة لدى الرومان
يكن في استخدام الإكراه المادي ضد العبد الذي يدلي بشهادته أمام المحكمة اعتقاداً
بأن العنف المصاحب بالعذاب أو الألم هو الذي يظهر شهادة العبد ويرفعها إلى

(1) Marchand, L'état de nécessité en droit pénal, Geneve, 1901, P. 101.

Edauars tawfik , op, cit - p. 4.

(٢) د / محمد الحبيب محمد أمين السمالوطي ، محاضرات في تاريخ النظم القانونية والاجتماعية،
بدون جهة نشر ، ٢٠٠٣ ، ص ٢٣٥.

(3)Lauret (J.C.) et Lasierra, (R) , La torture et les pouvoirs, Paris , 1973,
p. 55.

المستوى المطلوب (١).

وفى العصور الوسطى كان يتم تعريض المتهم لبعض الاختبارات العسيرة انتظاراً لبيان "حكم الله" فى شأنه كأن تقيد يد المتهم اليمنى إلى قدمه اليسرى ثم يلقى به نحو الماء فإذا غرق المتهم كان هذا دليلاً على إدانته أما إن طفى على السطح رغم ذلك فهو برئ وقد أنقذه الله لبراءته كذلك فقد كان المتهم يعرض على النار وكانت العقيدة السائدة هى النار لا تحرق بريئاً (٢).

ثم تلقت سياسة التعذيب دفعة أخرى قوية على يد البابا " ألكسندر الرابع " الذى أطلق فى ٢٧ أبريل سنة ١٢٦٠ ميلادية سلطات رجال التحقيق فى تعذيب المتهمين واقترن ذلك سلطة القضاة المطلقة فى الحبس رهن التحقيق دون أية ضوابط سوى إرادة القاضى وكان طبيعياً أن يلجأ إلى هذه الوسيلة كطريقة للضغط على المتهمين بغية انتزاع الإقرار منهم (٣).

ومما سبق يتضح لنا أن الإكراه كان هو الأساس فى الحصول على الدليل حيث كان يعتمد عليه اعتماداً كلياً فى الوصول إلى الإقرار الذى كان هو سيد الأدلة فى تلك الحقبة وظل هكذا أيضاً فى أوروبا فى العصور الوسطى حتى قيام الثورة الفرنسية.

٢١. القانون الكنسى :

المسيحية جاءت فى شكل مجموعة من المبادئ الأخلاقية ومن هنا وفى ظل الاضطهاد الذى تعرض له المسيحيون من قبل الرومان فقد أوجد آباء الكنيسة قانوناً خاصاً لأتباعهم استمدت قواعده من قواعد العدالة والقانون الطبيعى وقواعد القانون الرومانى بعد تعديله على نحو يتفق مع المبادئ الأخلاقية (٤).

(١) د/ عمر الفاروق الحسينى ، تعذيب المتهم لحمله على الاعتراف ، المطبعة العربية الحديثة ، ص ١٩٨٦ ، ص ١٢.

(٢) Lauret, OP, cit. P. 705.

(٣) وكان أرسطو نفسه يرى أن التعذيب أحسن الوسائل للحصول على الاعتراف ... د/ سامى الملا ، اعتراف المتهم ، رسالة دكتوراه ، حقوق عين شمس ، ١٩٦٨ ، ص ١.

(٤) د/ عادل بسيونى ، المرجع السابق ، ص ٢٢٢.

فقد عملت الكنيسة على تهذيب فكرة الإكراه بما يتماشى مع طابع التسامح الروحي المسيحي فقد جاء في إنجيل متى ما نصه (ثم انصرف من هناك وجاء إلى جميعهم وإذا إنسان يده يابسة فسألوه قائلين : هل يحل الأبراء في السبت لكي يشتكوا عليه فقال لهم : أي إنسان منكم يكون له خروف واحد فان سقط هذا في السبت في حفرة أفما يمسكه ويقيمه فالإنسان كم هو أفضل من الخروف - إذن يحل فعل الخير في السبت - ثم قال للإنسان مد يدك فمدها فعادت صحيحة كالأخرى^(١) .

وهذا تطبيق فكرة الإكراه فعلاج المرض أمر محتّم لا سيما إذا كان مرضاً خطيراً فيكون علاجه من قبل الإنقاذ من الخطر وذلك على الرغم من مخالفة بعض النصوص .

ومن هذه التطبيقات أيضاً ما جاء في إنجيل متى " ... ومن ذلك الزمن كان يسوع ماراً في مزرعة حنطه يوم السبت ولما حس بالجوع تلاميذه سمح لهم بقطع بعض السنابل وبدأوا يأكلونها فشاهدهم جمع فتصدوا له قائلين انظر الى تلاميذك الذين يأتون الممنوع عمله يوم السبت فأجابهم يسوع - أما قرأتم ما فعله داود حين جاع هو والذين معه كيف دخل بيت الله وأكل خبز المقدمة الذي لم يحل أكله له ولا للذين معه بل للكهنة فقط " .

وهكذا نجد أن النصوص الواردة في التعاليم المسيحية قد قبلت حالة الإكراه لإباحة بعض الأفعال التي تكون محرمة في ظروف عادية.

(١) الكتاب المقدس ، العهد الجديد انجيل متى ، الاصحاح الثاني عشر المواد من ٩ - ١٢
(الطبعة الأمريكية - بيروت ١٩١٣ م)

المطلب الثالث

الإكراه في الشريعة الإسلامية

٢٢- رفض الشريعة الإسلامية للإكراه :

جاءت الشريعة الإسلامية بأفق الأحكام لنظرية الإكراه حيث أضاعت الطريق للمتخبط فهي منذ نزولها منذ خمس عشر قرناً ظلت كاملة وتآبى التبدل والتغير لأنها من عند الله سبحانه وتعالى ولا تبدل لكلماته لقوله عز وجل " لا تبدل لكلمات الله " ^(١) وقوله سبحانه " ونزلنا عليك الكتاب تبياناً لكل شئ وهدى ورحمة وبشرى للمسلمين " ^(٢).

وقد عني الشارع العظيم بالنص على تكريم الإنسان في أكثر من موضع وبيان أنه كان دائماً وعلى مر العصور محلاً للتكريم من الله سبحانه وتعالى ولا أدل على ذلك من أفراد سورة كاملة من القرآن الكريم لحمل اسمه وهي سورة الإنسان التي يستهلها الحق تبارك وتعالى بقوله سبحانه " هل أتى على الإنسان حين من الدهر لم يكن شيئاً مذكوراً. إنا خلقنا الإنسان من نطفة أمشاج نبئليه فجعلناه سميعاً بصيراً " ^(٣) وبقوله سبحانه وتعالى " ولقد كرّمنا بني آدم وحملناهم في البر والبحر ورزقناهم من الطيبات وفضلناهم على كثير ممن خلقنا تفضيلاً " ^(٤).

ومبادئ الشريعة الإسلامية تشمل - فيما تشتمل عليه - الحق في عدم إكراه المتهم على الشهادة ضد نفسه أو غيره ، والحق في عدم القبض التعسفي أو الحبس أو التعذيب أو التصفية الجسدية ^(٥).

(١) سورة يونس الآية (٦٤) .

(٢) سورة النحل الآية (٨٩)

(٣) سورة الإنسان الآية (١)

(٤) سورة الإسراء الآية (٧٠)

(٥) أما باقى الحقوق التى ورد ذكرها فى : أ (الحق فى افتراض البراءة ب (تطبيق مبدأ الشريعة

ج (الحق فى محاكمة عادلة د (الحق فى اختيار مدافع عنه هـ (الحق فى الاستفادة من روح التسامح وأهداف الإصلاح وإعادة التكيف الاجتماعى عند اختيار العقوبة الواجب الحكم بها ... د/ عمر الفاروق ، مرجع سابق ، ص ٢٨٠ .

وفضلاً عن ذلك فإن في مبادئ الشريعة الإسلامية أيضاً ما يكفل المناخ الملائم لضمان حقوق الفرد وحرياته. ولعل من أول هذه المبادئ وأهميتها مبدأ المساواة المطلق أمام القانون تطبيقاً لقوله تعالى :- " يا أيها الناس إنا خلقناكم من ذكر وأنثى وجعلناكم شعوباً وقبائل لتعارفوا إن أكرمكم عند الله أتقاكم. إن الله عليم خبير " (١) .

ومن القواعد الأساسية أيضاً في الشريعة " ألا تزر وازرة وزر أخرى. وأن ليس للإنسان إلا ما سعى " (٢) فلا يسأل الإنسان إلا عن جناية ولا يؤخذ بجناية غيره مهما كانت صلته به.

٢٣- أساس نظرية الإكراه في الشريعة الإسلامية :

الشريعة الإسلامية لا تؤاخذ المكره ولا فاقد الإدراك لقوله تعالى " فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا إثم عليه " (٣) ولقول الرسول عليه الصلاة والسلام " رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه "

والشريعة لا يثبت التكليف فيها إلا على من أوتى عقلاً كاملاً بأن كان بالغاً عاقلأ ورفع فيها الإثم عن الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه ولقد قال (ع) " رفع القلم عن ثلاث عن الصغير حتى يحتلم وعن النائم حتى يستيقظ ، وعن المجنون حتى يفيق " ، فالشريعة تتجه في تحمل التبعة ابتداء إلى الناحية الأخلاقية التي تتصل وضمير من يرتكب أمراً فيه ما يضر المجتمع أو يلحق بأحد أجهاره الأذى وأساس هذه التبعة حرية الاختيار والإرادة. (٤)

ولهذا تختلف أحكام الصغار باختلاف الأنوار التي يمر بها الإنسان من وقت ولادته إلى الوقت الذي يستكمل فيه ملكة الإدراك والاختيار. حيث قسمت المراحل

(١) سورة الحجرات الآية (١٢) .

(٢) سورة النجم الآية (٣٧ ، ٣٨) .

(٣) سورة البقرة الآية (١٧٣) .

(٤) ذلك لأن الأخلاق لا تحكم على فعل بأنه شر إلا إذا توافرت عناصر ثلاثة هي الإدراك الصحيح ، وحرية الاختيار حرية كاملة ، والقصد إلى النتائج التي تضر وتؤذى. فإذا تخلف عنصر من هذه العناصر لا يعد الشخص أنما... د/ محمد أبو زهرة ، الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي ، دار الفكر العربي ، بدون تاريخ نشر ، ص ٤٢٧ .

التي يجتازها الإنسان من يوم ولادته حتى بلوغه سن الرشد إلى ثلاث مراحل :-

الأول : مرحلة إنعدام الإدراك ويسمى فيها الصبي غير المميز.

الثانية : مرحلة الإدراك الضعيف ويسمى الإنسان فيها بالصبي المميز.

الثالثة : مرحلة الإدراك التام ويسمى فيها الإنسان بالبالغ الرشيد^(١).

أما الإرادة فهي القصد المريد المختار وتتطلب الشريعة الإرادة الآتمة لقيام المسؤولية الجنائية إذ أن الأصل العام في تحديد المسؤولية الجنائية في الشريعة اقتران الأعمال بالنيات لقول رسول الله (ﷺ) " إنما الأعمال بالنيات وإنما لكل امرئ ما نوى " ويقسم فقهاء الشريعة ما يقع في النفس من قصد المعصية إلى خمس مراتب^(٢) . الهاجس وهو ما يلقي فيها ، ثم جريانه فيها وهو الخاطر ، ثم حديث النفس وهو ما يقع فيها من التردد ، ثم ترجيح الفعل ، ثم العزم أي القصد والعزم به.

والهاجس لا يؤاخذ به إجماعاً لأنه ليس من فعله وإنما هو شيء كان قهراً عليه وما بعده من الخاطر وحديث النفس وأن قدر على دفعها مرفوعاً بالحديث " إن الله تجاوز عن أمتي ما حدثت به نفسها وما لم تتكلم به أو تعمل ، ومن سعى في حصول المعصية بجهده ثم عجز عنها فقد عمل بها"^(٣) وهذه المراتب لا أجر فيها في الحسنات لعدم القصد أما الهم فقد بين الحديث أنها بالحسنة يكتب حسنة وبالسبئية لا يكتب سبئية إلا إذا فعلها أما العزم فالمحقق أنه يؤاخذ به^(٣)

(١) انعدام الإدراك : تبدأ هذه المرحلة بولادة الصبي وتنتهي ببلوغه السابعة اتفاقاً ، وفي هذه المرحلة يعتبر الإدراك منعدماً في الصبي ومن ثم تنعدم المسؤولية الجنائية.

مرحلة الإدراك الضعيف : وهي من سن السابعة حتى البلوغ وفي هذه المرحلة يسأل الإنسان مسؤولية محققة ، أي مسؤولية تأديبية .

مرحلة الإدراك التام :

وتبدأ هذه المرحلة بلوغ الإنسان الخامسة عشر من عمره وفيها يسأل الفرد جنائياً عن أفعاله التي يرتكبها أيا كان نوعها ... الأستاذ / عبد القادر عودة ، التشريع الجنائي الإسلامي ، مقارنة بالقانون الوضعي ، " مكتبة دار التراث ، بدون تاريخ نشر ، جـ ١ ، ص ٦٠٠ "

(٢) محمد بن علان الصديقي الشافعي ، دليل الفالحين لطرق ورياض الصالحين ، بدون تاريخ وجهة نشر ، جـ ١ ، ص ٧٠ .

(٣) زين العابدين بن عبد الرحمن بن احمد ، جامع العلوم والحكم ، مطبعة نهضة مصر ، القاهرة ، ١٤٠٦ هـ ، ص ٣٢٨ .

(٣) د / محمد السعيد عبد الفتاح ، مرجع سابق ، ص ٥٨ .

٢٤. أنواع المكروه في الشريعة الإسلامية:

قسم الفقهاء المكروه إلى نوعين هما الملجأ وغير الملجأ .

٢٥. (أولاً) الملجأ :

الملجأ هو من لا مندوحة له عما أكره عليه فلا يستطيع التحول عنه لفقدانه القدرة والإرادة وذلك كمن ألقى شخصاً من شاهق على شخص آخر بقصد قتله ، فإن الملقى مضطر إلى الوقوع على الشخص المقصود قتله ، فصار المكروه في هذه الحالة - آلة للمكروه بكسر الراء - بوجهه فينتجه ويسمى المكروه - بفتح الراء - حينئذ بالملجأ - والمكروه الذي فقد القدرة والإرادة - الأصح أنه لا يجوز تكليفه بما ألجئ إليه ولا بنقيضه لعدم قدرته على ذلك ولا اختيار له فيما أكره على فعله^(١)

٢٦. (ثانياً) غير الملجأ :

غير الملجأ وهو الذي له مندوحة الصبر على ما أكره به فإنه يجوز تكليفه على الأصح ، وإليه ذهب أهل السنة ، فيصح تكلفه بالمكروه عليه أو بنقيضه ، كمن أكره على إخراج الزكاة ، فإنه يجوز تكليفه بإخراجها ، وكمن أكره على قتل شخص ، فإنه يجوز تكليفه بترك قتله ، وإن أدى ذلك إلى قتله هو .

واستدلوا على ذلك : بأنه قادر على امتثال ذلك ، بأن يأتي المكروه عليه في الحالة الأولى - لدى الشرع لا للإكراه - وبأن يأتي النقيض في الحالة الثانية صابراً على ما أكره به^(٢) .

(١) د/ عبد الحميد ميهوب ، أصول الفقه ، دار الطباعة المحمدية ، ط ٣ ، ١٩٨٨ ، ص ١٧٤ .

(٢) د/ عبد الحميد ميهوب ، التكليف الشرعي ، دار الكتاب الجامعي ، ط ١ ، ١٩٨٠ ، ص ٨٤ .

... والنوع الذي لا يباح ولا يرخص بالإكراه أصلاً هو قتل المسلم بغير حق سواء كان الإكراه ناقصاً أو تاماً لأن قتل المسلم يعتبر حق لا يحتمل الإباحة ، فالمكروه على القتل فإن كان الإكراه تاماً فلا قصاص عليه ولكن يعزر عند أبي حنيفة وإن كان الإكراه ناقصاً وجب القصاص على المكروه بلا خلاف لأن الإكراه الناقص يسلب الاختيار أصلاً فلا يمنع وجوب القصاص وكذلك لو كان المكروه صيباً أو معتوها بفعل ما أمر به فبالقصاص على المكروه عند أبي حنيفة ...

الإمام / علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي ، مرجع سابق ، ص ١٧٩ .

٢٧- معيار الإكراه عند الفقهاء :-

الإكراه له معياران . أولها مادي وهو عبارة عن المادة التي يتحقق بها الإكراه من الحبس والخنق والضرب والغط في الماء مع الوعيد والعند ونحو ذلك . فإنه يكون إكراهاً .^(١)

والثاني : معيار نفسي - وهو عبارة عما يحدث في النفس بسبب التهديد من التأثير والخوف . ولما كان الإكراه لا يمكن تحقيقه بغير ركنه وهو انعدام الرضا - فإن العلماء لم ينظروا إلى المادي فحسب ، بل أيضاً إلى المعيار النفسي وقالوا لا بد من اعتبار حدوث الخوف في نفس المكره لأن ما يعد إكراهاً في حق شخص لا يكون إكراهاً في حق شخص آخر وما يعتبر إكراهاً بالليل قد لا يكون إكراهاً بالنهار وما يكون إكراهاً للأنثى لا يكون إكراهاً للذكر^(٢)

والمعيار النفسي هو ما يحدث في النفس من خوف وتأثير إذا وجد وتحقق معه الإكراه . قال الزيلعي ، أن الإكراه يختلف باختلاف أحوال الناس فمنهم من لا يتضرر إلا بضربه بسوط أو بعرك أذنه لا سيما في ملأ من الناس أو بحضرة السلطان فيثبت في حقه الإكراه لأن فيه هواناً وذلاً أعظم من الألم^(٣) .

ويتبين من هنا أن الإكراه يحصل بكل ما يؤثر العاقل الإقدام عليه ويكون المكره قادراً على تحقيق وعيده وأن يغلب على ظن المكره أنه إذا لم يجب إلى ما دعى إليه تحقق ما أوعده به ، وأن يكون هذا الظن مبنياً على أسباب معقولة .

وأن تحمل التبعية تقوم على حرية الاختيار والإدراك الصحيح للنتائج والقصد منها^(٤)

(١) السيد سابق ، فقه السنة ، الفتح للإعلام العربي - القاهرة - بدون تاريخ نشر ، جـ ٤ ، ص ٢٥٤ .

(٢) د / محمد أحمد مكي ، " مقالة " سبق الإشارة إليها ، ص ٢١٢ .

(٣) فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي ، تبیین الحقائق شرح كنز الدقائق ، المطبعة الأميرية ، ط ١ ، ١٩١٠م ، جـ ٥ ، ص ١٨٤ .

(٤) وسوف نتعرض لأنواع الإكراه وشروطه في المبحث الثاني من الدراسة وكذا موقف الفقهاء بشيئا من التفصيل .

المبحث الثالث

الإكراه والمدارس الجنائية الكبرى

٢٨- تمهيد وتقسيم :

فى مقدمة الأسباب التى تقف وراء تعدد وتنوع المدارس الجنائية يأتى تباين وجهات النظر فى معالجة بعض القضايا الكبرى فى هذا الصدد كأغراض العقاب والعلاقة بين المسؤولية الجنائية من ناحية وحرية الإرادة من ناحية أخرى . وقد كان للإكراه بدوره نصيب متميز فى إبراز ذاتية المدارس الجنائية المتعاقبة حيث كان لكل مدرسة طريقا خاصا فى معالجته سواء من حيث ماهيته أم من حيث ضرورته كشرط لازم لقيام المسؤولية الجنائية (١) .

فالبنيان القانونى للجريمة انقسم الفقه يصدره الى فريقين .

أولهما : يأخذ بالمفهوم المادى للجريمة ، وثانيهما يتبنى المفهوم الشخصى لها . فالجريمة تبعا للمفهوم المادى تتمثل فى كل فعل مادى يحدث تغيرا فى العالم الخارجى أو يحول دون ذلك التغير ويتحقق من خلال حركة بدنية أو تقاعس عن إتيانها فيكفى إذن لقيام جريمة القتل مثلا حدوث حركة عضوية أدت إلى الوفاة ولا ينظر بعد ذلك الى نفسية مرتكب الفعل فيستوى بعد ذلك أن يكون حر الإرادة أو مكرها (٢)

أما المفهوم الشخصى للجريمة فلا يرى فيها كياناً مادياً خالصاً وإنما ينبغى وفقاً لأنصاره أن يكون هذا الكيان صادراً عن إرادة حرة واعية وهكذا ينبغى تبعا لهذا التحليل أن يمتد مفهوم الجريمة ليشمل الخصائص الشخصية لمرتكب الفعل المادى (٣) .

(١) د/ أحمد عوض بلال، الاثم الجنائي "دراسة مقارنة"، دار النهضة العربية، ١٩٨٨، ص ٤٦

(٢) وهذا هو التحليل الذى ساد فى ألمانيا فى القرن التاسع عشر ولكنه لم يلق قبولا لدى الفقهاء الفرنسيين فبظهور المسيحية أصبحت الخطيئة أساسا للعقاب وأصبح الإسناد المادى ليس بكاف لقيام المسؤولية الجنائية وتأييد هذا الاتجاه بقيام الثورة الفرنسية وظهور قانون نابليون سنة ١٨١٠ ومنذ ذلك الحين أصبحت المسؤولية الجنائية قائمة على المسؤولية المعنوية فإذا رأى القاضى أن المتهم عديم الإرادة فى وقت ارتكاب الجريمة كالمجنون أو المكره مثلا وجب أن يقضى بالبراءة ... د/ محمد عمر مصطفى، الجريمة وعدد أركانها، مجلة القانون والاقتصاد، مارس ١٩٦٦، ع ١٤، ص ١٤٠ .

Merle et vitu ; op. Cit; pp. 559.

(٣)

وفى الموازنة بين هذين المفهومين يوجد المنهج التوفيقى ، فيبحث فى الجريمة أولا باعتبارها كيانا قانونيا مجردا ثم يتناولها كظاهرة اجتماعية من خلال شخص الجانى. وهذا هو المنهج السائد فى الفقه الحديث^(٢).

ونلقى فيما يلى نظرة على كل هذه المدارس واتجاهاتها بالقدر الذى يوضح موقف كل منها من الإكراه وموضعه فى البنيان القانونى للجريمة^(٣). وعلى هذا سنقسم الدراسة فى هذا المبحث إلى ثلاث مطالب على النحو التالى :

المطلب الأول : الإكراه والمدرسة التقليدية

المطلب الثانى : الإكراه وحركة الدفاع الاجتماعى

المطلب الثالث : الإكراه والمدرسة التقليدية الحديثة المعاصرة.

(١) يلاحظ انه فى داخل هذا المنهج يمكن التمييز بين منهجين تبعاً لتحرر الركن المادى للجريمة من العناصر المتصلة بشخص الجانى . فالمذهب الأول يجمع بين الفعل المادى والإرادة فى إطار الركن المادى للجريمة أما المذهب الثانى : فيجرد الركن المادى من كل عنصر انسانى ويعتبره الركن الموضوعى فى الجريمة بينما يعالج الركن المعنوى كل العناصر المتصلة بشخص المجرم بما فى ذلك الإرادة - ويسود المذهب الأول الفقة الفرنسى بينما يسود المذهب الثانى الفقة الايطالى - د/ على راشد ، عن الإرادة والعمد الخطأ والسببية فى نطاق المسئولية الجنائية ، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ، س ٨ ، ١٩٦٦ ، ١٤ ، ص ٥

(٢) يتنازع الفكر الإنسانى بصفة عامة تيارين الأول الفكر الميتافيزيقى وهو يتميز باتجاهه نحو المطلق (Absolu) ونحو التجريد (Abstraction) ، ويندرج تحت هذا النوع من الفكر مدرستان هما الأخلاقية المثالية والأخلاقية النفعية ، فعند أرسطو السلوك الإنسانى يستلزم الإرادة ولكنه لا يستلزم حرية الإرادة وتفرعاً على ذلك ينتقى السلوك الإنسانى متى كان راجعاً إلى أسباب خارجة عن إرادة الفاعل ، كريح عاتية تحمل شخص إلى مسافة بعيدة فيقع على آخر فيقتله ، وكمن يمسك بيد آخر بالقوة ويوقع بها على إيصال مزور على آخر تلك الأفعال والتي تعد من قبيل الإكراه المادى (contrainte physique) حكمها عند أرسطو أنها لا تمثل (إنما) لأنها ليست من قبيل السلوك الإنسانى.

أما لو كانت الأسباب الدافعة إلى السلوك خارجية (بالكلية) عن إرادة الفاعل كان يكون بعضها خارجي والبعض الآخر يرجع إلى إرادة الفاعل ، فإن السلوك الإنسانى قائم ، وبالتالي يقوم معه الأثم فى حق مرتكب الفعل (كإلقاء الحمولة من السفينة عند حلول كارثة) فقد انتهى أرسطو أنها أفعال إرادية لأن فاعلها يأتيها وهو عالم بطبيعتها وهى فى الوقت ذاته غير إرادية لأنه ليس هناك من يختار هذا العمل فى الظروف العادية من تلقاء نفسه.

Williams : (Glanville), Criminal law, The general part, 2. éd, 1961, p.11.

والذى يعنينا فى هذا المقام هو انتساب سلوك الفاعل إلى إرادته فى حالتى الضرورة والإكراه فهذا يعد النواة التى قامت عليها النظرية النفسية (La théorie psychologique de la culpabilité) التى تصور الأثم على أنه محض علاقة نفسية تربط بين الفاعل والواقعة الإجرامية ، هذه العلاقة قوامها القصد الجنائى أو الخطأ ...

وهذا على خلاف النظرية المعيارية والتى تقوم على فكرة الإنسان العادى وليس المثالى.

د/ عمر السعيد رمضان ، بين النظريتين النفسية والمعيارية للأثم ، دار النهضة العربية ، ١٩٩٢ ، ص ٤.

التيار الثانى : الفكر الفلسفى وهو يسير باتجاهه نحو النسبية والتغير ويندرج تحت هذا النوع مدرستى الديالكتيك والوضعية كما سنرى ... د/ إبراهيم ذكى أخنوخ ، حالة الضرورة فى قانون العقوبات ، كلية الحقوق جامعة القاهرة ، ١٩٨٤ ، ص ٣١.

المطلب الأول

الإكراه والمدرسة التقليدية

٢٩- المدرسة التقليدية الأولى :

كان فيري Ferri هو أول من أطلق اصطلاح المدرسة التقليدية على تلك الدراسات العلمية التي بدأها العالم الإيطالي شيزارى بكاريا عام ١٧٦٥ حيث كان النظام الجنائي لا يتجاوب مع الظروف المتغيرة للمجتمع ، فالعقوبات لا تتناسب مع جسامة الجرائم ، والقضاة يتمتعون بسلطات غير محدودة والامتيازات الطبقية سائدة، والتحكم المطلق للأمرأء شريعة ونتيجة ذلك كان بالطبع هو زيادة هائلة فى الإجرام^(١).

وقد كان الفيلسوف الشاب " سيزارى بكاريا " باعتباره الأستاذ الأول للعلم الجنائي الحديث أو من أخرج كتابه الشهير فى الجرائم والعقوبات (Des delits et des peines) الذى أحدث بمجرد صدوره ضجة كبرى فى كافة أنحاء أوروبا والذى تضمن مطوية كاملة فى تحديد أساس حق العقاب ووظائف العقوبة وما يستتبعه هذا التحديد من صياغة المبادئ العامة التى يهتدى بها الشارع فى توجيه سياسة التجريم وسياسة العقاب فكان بذلك وراء نشأة المدرسة التقليدية الأولى^(٢).

ومن أهم الأفكار التى نادت بها هذه المدرسة والتى لها صلة مباشرة بموقف النظرية من الإكراه - افتراض حرية الإرادة فى حق الجميع ابتداء حتى ولو كانت من الناحية الفعلية منعدمة أو معيبة إلى حد بعيد. ومسئولية المتهم يقابلها بالضرورة

(١) د / على راشد ، د/ يسرى أنور على ، شرح النظرية العامة للقانون الجنائي ، دار النهضة العربية ، ط٢ ، ١٩٧٣ ، ص٣٤.

(٢) ومن رجال هذه المدرسة " فويرباخ ، وبنتام " وقد اشتق بكاريا أهم هذه المبادئ من نظرية العقد الاجتماعى التى نادى بها معاصره " جان جاك روسو " فمن هذه النظرية اشتق مبدأ " لشرعية النصية " بمعنى ضرورة النص مقدما على الجرائم والعقوبات أى الإنذار قبل توقيع لعقاب كذلك اشتق بكاريا من نظرية العقد الاجتماعى مبدأ " المصلحة الاجتماعية " كأساس لمشروعية حق العقاب الاجتماعى أى مشروعية التشريع العقابى ، د/ على أحمد راشد ، عن الدفاع الاجتماعى ، مجلة مصر المعاصرة ، س٥٧ ، ١٩٦٦ ، ع٣٢٦ ، ص١٧٥.

العقوبة التكفيرية (retributive) فمن يخرق قاعدة قانونية جنائية سابقة الوجود يقبل مقدماً الخضوع للعقوبة المقررة لمجازاة خطئه والهادفة إلى إعادة الأمن القومى إلى حالته قبل أن يضطرب بوقوع الجريمة.

ويعتمد رد الفعل الاجتماعى إزاء المتهم فى هذه المدرسة على المسئولية الأخلاقية منظور إليها فى نفس الوقت كتعبير وكضمان للرابطة القانونية بين الفرد والمجتمع ^(١) ، بحيث تبدو الجريمة إنتهاكاً مدركاً وواعياً للقيم العامة الأخلاقية والقانونية ^(٢).

وتتخذ الإرادة الأثمة فى هذه النظرية صورتين رئيسيتين هما : القصد الجنائى والخطأ غير العمدى ، ويتمثل الأول فى توجيه الإرادة عن إدراك وعمد نحو اتيان الفعل المكون للجريمة والثانى فى حدوث نتيجة إجرامية على أثر نشاط الفاعل دون أن يستوقعها هذا الأخير فى حين أنه كان فى وسعه ومن واجبه أن يستوقعها. وسواء توافرت لدى المتهم هذه الصورة أم تلك ، فإن المتهم كان حر الإرادة قبل ارتكاب الجريمة إذ كان أمامه طريقاً الخير والشر واضحين وقد اختار بينهما ، فإذا كان اختياره قد مال إلى جانب الشر فلا أقل من أن يتحمل مغبة اختياره ^(٣).

ونخلص من كل ما تقدم إلى أن المدرسة التقليدية تتصف بخصائص ثلاث رئيسية :
(١) أن أساس حق العقاب هو المبدأ الأساسى أو النفعى المستمد من الضرورة الاجتماعية أى ضرورة محافظة الجماعة على كيانها وصيانة أمنها ونظامها وبهذا المبدأ تتحدد وظيفة العقوبة.

(١) M. Ancel, Responsabilité et défense sociale, dans la responsabilité pénale, colloque

detrasbourg VIII. Dalloz 1961, p.p. 356. et. ss

G. Gusort, une interpretation existentielle de la responsabilité pénale, in la responsabilité

pénal VIII Dalloz, 1961. Pp. 356 et. ss.

Merle et vitu, op. Cit, P. 55. Et ss ^(٣)

- / هشام فريد ، الدعائم الفلسفية للمسئولية الجنائية ، دار النهضة العربية ، ص ٢٧٤.

(٢) تعتمد المدرسة التقليدية في سياستها علي ضوابط " مادية " أو " موضوعية " مصدرها هو طريقة أقطاب هذه المدرسة في تحليل المبدأ النفعي أو فكرة (المنفعة العامة) .

(٣) وأخيرا ، إذا كانت المدرسة التقليدية هي بصفة أساسية مدرسة نفعية ومادية في المعاني المستقدمة ، فإن ذلك لا يعنى أنها تغفل المبدأ الأخلاقي بصفة مطلقة ^(١) .

وقد وجهت لهذه النظرية عدة انتقادات تتمثل في الآتى :-

(١) أنها تقوم علي افتراض وجود إنسان عاقل كامل السيطرة علي أفعاله وهو افتراض مخالف للحقيقة أحيانا ، فالنظرية عالجت الإرادة الإجرامية بنظرة كلية فهي إما توجد كاملة وإما لا توجد علي الإطلاق فطالما ارتكب الجانى الفعل الإجرامى فهو مذنب وفقا لقاعدة افتراض حرية الإرادة ولهذا فهو مخطئ ^(٢) .

(٢) ومن ناحية أخرى فإن النظرية تنادى بضرورة تناسب العقاب مع الخطأ المرتكب ولكن من يستطيع بشريا أن يدعى قدرته علي إجراء ذلك التناسب ، ومن ناحية أخرى تستند النظرية إلى العقوبة بغرض التخويف الجماعى أو الردع العام وهنا تقع النظرية في تناقض فالتخويف الجماعى موجه إلى المجرمين المحتملين وعندئذ تجد النظرية نفسها في مأزق يصعب الخروج منه ، هل تقاس العقوبة تبعا لدرجة الإرادة الإجرامية لدى مرتكب الجريمة أم بالنظر إلى مدى قوة العقوبة في ردع المجرمين المحتملين ؟ فإذا كان المعيار هو الحل الأخير فمعنى ذلك أننا نعاقب شخصا ليس عن فعل من صنع يديه وإنما بالنظر إلى ما يحتمل أن يرتكبه آخرون من جرائم. ولا شك أن في هذا مساسا بغرض العقوبة في تحقيق العدالة ^(٣) .

(١) د/ علي أحمد راشد ، مبادئ القانون الجنائي ، مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر ، ط ٢، ١٩٥٠ ج ١ ، بند ٥٥ ، ص ٣٩ .

(٢) د/ هشام فريد ، مرجع سابق ، ص ٢٣١ .

(١) د/ أحمد عوض بلال ، علم العقاب ، النظرية العامة والتطبيقات ، دار الثقافة العربية ، ١٩٨٤ ، ص ١٠٣ .

٣٠- المدرسة التقليدية الحديثة :

هذه المدرسة قد نشأت في القرن الثامن عشر حيث أودع " كانت " نظرياته الأخلاقية في مؤلفه (مبادئ ميتافيزيقا الأخلاق) عام ١٧٨٥ حيث تتلاقى مع الأمر المطلق والأمر المطلق يتميز بأنه غير مشروط فهو لا يبحث عن أية غاية حتى ولو كانت نبيلة ، فكل شر يجب أن يعاقب ولتأكيد فكرته يضرب "كانت " المثال الآتى : (إذا كان هناك شخص في جزيرة محكوم عليه بالإعدام لإرتكاب جريمة ، واعتزم أهل الجزيرة مغادرتها نهائياً بحيث لن يبقى على أراضيها إلا الشخص المحكوم عليه ، فإن واجب أفراد الجزيرة يقضى عليهم بعدم مبارحتها إلا بعد تنفيذ حكم الإعدام لأن العدالة تقضى بذلك^(١) .

وبجانب الأمر المطلق (العدالة المطلقة) توجد حرية الاختيار أى المقدرة على مقاومة البواعث الشريرة ولهذا فإن من يتمتع بتلك المقدرة تتوافر لديه حرية الاختيار ويسأل جنائياً ومن يفتقدها تتعدم لديه تلك الحرية وتتفى مسؤوليته^(٢) .

وقد نظر أنصار المدرسة التقليدية الحديثة إلى الإرادة الجنائية بحسبانها رابطة نفسية بين إرادة المجرم وفعله الإجرامى ويكمن فى وجود خطأ أى إخلال بواجب.

وهكذا احتلت الإرادة الأثمة ذات المضمون النفسى أهمية كبرى فى البناء القانونى للمسئولية الجنائية وعلى درجة الإرادة الإجرامية تتوقف درجة العقاب وليس على خطورة الجريمة أو جسامة الضرر الناجم عنها^(٣) .

(١) د / على راشد ، مرجع سابق ، ص ٣٠ .

Michaelcjerome, Wechsler (Herbert) (Criminal law and its adminstration, Chicago 1940, p.8

(٢) د/ على راشد ، مرجع سابق ، ص ٤٤ ، د / أحمد عوض بلال ، مرجع سابق ، ص ٥٥ .

(٣) د / هشام فريد ، مرجع سابق ، ص ٣١٥ .

ويتبين مما سبق أن هذه النظرية قد تفادت الطابع التجريبي ، واتخذت بدلا منه طابعا شخصيا جوهره ضرورة التناسب بين العقوبة من حيث جسامتها وطريقة تنفيذها من ناحية ، وشخصية المجرم من حيث مدى خطورة إرادته الإجرامية وبواعثه...

وهكذا سمحت الأفكار الجديدة بإعفاء المجرم من العقاب إذا عرض له سبب يزيل لديه حرية الاختيار بالمفهوم الذى وضعه. وسمحت كذلك بإعفائه من العقاب إذا توافر فى حقه سبب ينتقص من تلك الحرية (١)

ومن الانتقادات الجوهرية التى وجهت إلى هذه المدرسة أنها أخذت بمفهوم غير محدد لحرية الاختيار أو وفقاً لآى معيار يمكن قياس مقدرة الشخص على مقاومة البواعث الشريرة ؟ ثم ألا يودى منطق هذه النظرية إلى التخفيف عن المجرمين العائدين إلى الجريمة والمعتادين عليها ؟ نظراً لما هو معروف من أن المقدرة على مقاومة النوازع الإجرامية تضعف بقدر ما يالف المجرم سبيل الجريمة وهى نتيجة تصطدم ببديهيات السياسة الجنائية. (٢)

٣١- المدرسة الوضعية:

الفكر الوضعى هو الفكر الذى يستمد قيمته وفلسفته من واقع الحياة من هذا الوجود (العينى) وليس الوجود (الغيبى) وبهذه المقاييس يصح إطلاق اسم المدرسة الوضعية على كل فكر فلسفى ينبع من هذه القيم الواقعية (٣).

(١) Suetitus Reid, Crime and criminology, The Dryden press III –
nois 1976. P. 114.

(٢) د / محمود نجيب حسنى ، علم العقاب ، دار النهضة العربية ، ط ٣ ، ١٩٧٣ ، ص ٨١.

(٣) وقد نشأت المدرسة الوضعية فى إيطاليا فى النصف الثانى من القرن التاسع عشر على يد ثلاث أقطاب هم - (لومبروزر) والذى أصدر كتابه عن الإنسان المجرم سنة ١٨٧٦ ، ثم رجل القضاء (رافائلى جاروفانو) بمؤلفه فى علم الإجرام سنة ١٨٨٥ ، ثم الأستاذ (أنريكوفرى) بمؤلفه فى علم الاجتماع الجنائى سنة ١٨٨١ ذلك أن هؤلاء الأقطاب انتهجوا فى مؤلفاتهم نهج البحث العلمى التجريبي والاستقراء وذلك للكشف عن أسباب كارثة الإجرام فراحوا يدرسون ظاهرة الإجرام من خلال شخصية المجرم بالنظر الى تكوينه الخلقى والنفسى وظروف بيئته الاجتماعية وانتبهوا الى ان المجرم ينساق الى الجريمة مسيراً لا مختاراً وهذه هى الركيزة التى قامت عليها المدرسة الوضعية ...

د/ يسر أنور على ، .. آمال عبد الرحيم عثمان ، أصول علم الإجرام والعقاب ، بدون جهة نشر ، ط ١ ، ١٩٩٥ ، بند ٢١ ، ص ٣١.

د/ هشام محمد فريد ، أصول علم الإجرام والعقاب ، بدون جهة نشر ، ٢٠٠٣ ، ص ٣ وما بعدها.

ونقطة بداية هذه المدرسة أن المجرم مسير وليس مخير في ارتكاب جريمته لأنها نتيجة حتمية لقيام عوامل معينة في شخص المجرم أو خارجه ، وبذا انحصرت هذه المدرسة في مفهوم ضيق ينصرف إلى (لومبروزو) وتابعيه في الاهتمام بالمجرم أكبر مما تعنى بالسلوك في حد ذاته (١).

ومن الواضح أن مبدأ الحتمية الذي تعتقه النظرية قد حدا بها إلى اتخاذ موقف من الإرادة يختلف تماماً عن نظيره الذي اخذت به المدرسة التقليدية بشقيها ، فالقانون بوضعه الحالي وأحكامه المستقرة ثمرة لفكرة فلسفية تقر سلوك الإنسان استناداً إلى مسلمة حرية الإرادة والاختيار فهذه المسلمة حجر الزاوية في بناء القانون العقابي بوضعه الحالي والأخذ بها مستبعد من حيث إمكان تطبيقها في القانون العقابي المعاصر إذ أنها لا تصل إلى مرتبة القانون العلمي فهي مجرد تفسير غير مقطوع بصحته علمياً (٢).

ومن ناحية أخرى فإن النتيجة الحتمية للفرض الذي تقوم عليه المسؤولية لهذا المذهب هو أن المجرمين من المجانين والذين لا يستطيعون التمييز لا يسألون عما يرتكبون من جرائم لأن أساس المسؤولية الاجتماعية ضد خطر قد يحدث مستقبلاً (٣) وهذا الفرض الوهمي من شأنه أن يؤدي إلى تنازع خطير من شأنه أن يحجب بين المفكرين والمشتغلين بالمسائل الجنائية وبين البحث عن الأسباب الحقيقية التي تدفع إلى الجريمة (٤).

-
- (١) حيث يمكن التمييز بين خمسة أنماط من المجرمين . أ (المجرم المطبوع (بالفطرة) وهذا النوع يولد معه جرثومة الإجرام . ب (المجرم المجنون وهذا النوع فاقد للتمييز والإدراك . جـ (المجرم بالعادة وهذا النوع هو معتاد الإجرام . د (المجرم بالعاطفة وهذا النوع يمتاز بطابع مفرط من الحساسية والعاطفة تجعله سريع الأنفعال . هـ (المجرم بالصدفة أو العرضي وهو شخص مستقيم ولكن ظروف البيئة هي التي دفعته إلى ارتكاب الجريمة ... د / رؤوف عبيد ، أصول علم الإجرام والعقاب ، دار الفكر العربي ، ١٩٨١ ، ص ٧٩ .
- (٢) د / عبد المنعم القوصي ، المبادئ العلمية لدراسة الإجرام ، دار الفكر العربي ، ٢٠٠٠ ، ص ٤٨ .

- (٣) د / وجيه محمد خيال ، أثر الشذوذ العقلي والعصبي في المسؤولية الجنائية (رسالة دكتوراة) ، حقوق عين شمس ، ١٩٨٣ ، ص ٥٤ .

- (٤) راجع في أوجه النقد ... د / هشام محمد فريد ، مرجع سابق ، ص ١١ وما بعدها .

وكان نتيجة لاتجاه المدرسة الوضعية الإيطالية أن اتجهت البحوث الى العناية بالمجرم ودراسة العوامل التي أدت به الى التردى فى الجريمة لمحاولة التوصل الى استئصال هذه العوامل من أسسها وبالتالي أدى ذلك إلى اختلاف العقوبة بالنسبة لكل شخص وفقاً للعوامل التي دفعتة إلى الجريمة وهى نزعة نسبية متغيرة لا شك فى ذلك. وظهور حركة الدفاع الاجتماعى والتي تعطى للسياسة الجنائية قدراً كافياً من المرونة والواقعية على نحو يمكن معه تلبية الحاجات الملحة للدفاع الاجتماعى^(٥).

المطلب الثاني

الإكراه وحركة الدفاع الاجتماعي^(١)

٣٢- نشأتها واتجاهها :

بدأت حركة الدفاع الاجتماعي في الظهور منذ أواخر القرن التاسع عشر إلى أن نادى "Saleilles" في عام ١٩٢٧ بوجوب تفريد العقاب^(٢). (L'individualisation de la peine) تبعا لحالة كل مجرم على حدة إلى أن أصبح من أنصار هذه الحركة المعاصرين المستشار مارك انسل "mark Ancel" والأستاذ جراماتيكا "Grammatica" وقد بين الأول اهتمامات حركة الدفاع الاجتماعي في السياسة العقابية فأتضح أن أهداف العقوبة لا تقتصر فقط على الردع الخاص بها وتخويف المجرم من العودة إلى الجريمة بل يقتضي الأمر متابعتها لمعرفة مدى خطورته الإجرامية ولمواجهة العوامل التي أدت إلى الإجرام والقضاء

(١) في أواخر القرن التاسع عشر وبداية القرن العشرين اتجه الفقه الجنائي إلى محاولة التوفيق بين المدارس الجنائية المتعارضة فنشأت على أثر ذلك مدرسة توفيقية تنادى بضرورة أن تقوم السياسة الجنائية على قدر كاف من المرونة يمكن معه تلبية الحاجات الملحة للدفاع الاجتماعي (سياسة جنائية جديدة في مكافحة الإجرام) وقد تبلور هذا الاتجاه الأول للدفاع الاجتماعي في عدة مدارس أهمها المدرسة الثالثة والمدرسة البرجماتية والاتحاد الدولي لقانون العقوبات - فالمدرسة الثالثة لم تعدل عن اعتناق مبدأ حتمية الظاهرة الإجرامية ولكنها كانت تؤمن بدور العقوبة في تحقيق الردع العام. والمدرسة البرجماتية نادى بضرورة إخضاع للنظام الوضعي للتجربة العلمية ثم الحكم له أو عليه بعد ذلك أما الاتحاد الدولي لقانون العقوبات يدرج برنامجه على فكرتين (الأولى) هي ضرورة اتجاه القانون الجنائي نحو مكافحة الجريمة بوصفها ظاهرة اجتماعية (والثانية) هي ضرورة استعادة السياسة الجنائية من معطيات علم الإجرام وما يترتب على ذلك من ضرورة تصنيف المجرمين تصنيفاً علمياً تبني عليه خطة تقرير المعاملة العقابية ...

انظر د / علي راشد ، مرجع سابق ، ص ٥٧ - د / أحمد عوض بلال ، مرجع سابق ، ص ٦٥ .
(٢) د / أحمد فتحي سرور ، نظرية الخطورة الإجرامية ، مجلة القانون والاقتصاد ، ١٩٦٦ ، ص ٤٩١ ، د / إبراهيم ذكي أضوح ، مرجع سابق ، ص ٦٧ .

عليها عن طريق التدابير الاحترازية التي ترمى الى تأهيل المجرم اجتماعياً واستعادته إلى الدخول في المجتمع بمختلف الوسائل العلاجية والتعليمية^(١) فالذي يهم في المقام الأول هو معرفة لماذا ارتكب المجرم الجريمة وما هي.

صورة تدبير الدفاع الاجتماعي الذي يضمن عدم عودته اليه وينبغي أن تفقد العقوبة مضمونها التقليدي باعتبارها إيلافا يواجه الإرادة الإجرامية - وهذا هو أساس المسؤولية الأخلاقية^(٢).

ويتربط على الأخذ بهذا المفهوم أن المسؤولية الجنائية هي إدراك محدد أو رد فعل شامل للشخصية كلها في مواجهة موقف معين وهي لا تظهر إلا في إطار اجتماعي يندمج فيه الفرد وهذا ما اغفلته النظرية التقليدية ومن ناحية أخرى أن القصد الجنائي سوف لن ينفصل عن بواعثه فهذه الأخيرة هي القوة المحركة للفعل وهي التي تحدده.

بالإضافة الى كل ذلك لن يكون ثمة محل للتمييز بين العقوبة والتدابير الاحترازية وكل ما ينبغي أن يحظى بالعناية في الجزاء الجديد الموحد والذي يتمثل في تدبير دفاع اجتماعي هو اختيار صورة العلاج المناسب للمجرم على النحو الذي يتقبله المجتمع^(٣).

(1) Ancel (M) , Defense sociale nouvelle., p. 108 et s. p. 133 et s.

(2) M. Ancel, la defense social nouvelle (2e éd), p. 130.

(٣) ويذهب أنصار الدفاع الاجتماعي الحديث إلا انه لابد ان يسبق الحكم فحص للمتهم وإعداد ملف عن حالته يوجه القاضي في تقديره المعاملة الملائمة وملف شخصية المجرم (Dossier de personnalite) يتضافر على إعداد مجموعة من الفنيين والخبراء في دراسة السلوك الإنساني كالأطباء وعلماء النفس والاجتماع والإجرام وغيرهم. ومن ثم يقر الدفاع الاجتماعي الجديد بأهمية دور العلوم التجريبية في مجال الظاهرة الإجرامية ولكنه ليس النور الوحيد كما يراه الوضعيون بل يظل للطابع القانوني أهميته فيتمسك مارك أنسل بمبدأ الشرعية والإشراف القضائي على الإجراءات الجنائية حتى في مرحلة التنفيذ العقابي ضماناً للحرية الفردية وعلى ذلك فلا يقر مارك أنسل فرض تدابير للدفاع الاجتماعي سابقة على وقوع الجريمة كما لا يقر عقوبة الإعدام إن ظل للعقوبة دورها في بعض الأحوال الخاصة ...

د / السيد يس ، السياسة الجنائية المعاصرة (دراسة تحليلية لتطوير الدفاع الاجتماعي) ، دار الفكر العربي ، ١٩٧٣ ، ص ١٢٥ - د / يسر أنور على ، د / أمال عبد الرحيم عثمان ، مرجع سابق ، ص ٥٣.

المطلب الثالث

الإكراه والمدرسة التقليدية الحديثة المعاصرة (النيوكلاسيكية المعاصرة)

٣٣- نشأتها واتجاهها :

ظهر في القرن الحالى اتجاه فكرى فى الفقه الجنائى يحاول إصلاح النظام الجنائى ككل بتقديم حلول لا تخرج عن الإطار العام للمبادئ التقليدية حتى انه يمكن القول انه فى حقيقة تطوير وتحسين للحلول التقليدية على ضوء ما كشفت عنه التجربة منذ ظهور المدرسة التقليدية الأولى^(١). وقد كان الفقيه الفرنسى " بول كوش P. Cuche " من أوائل الذين مهدوا الطريق أمام الاتجاه الجديد وهو الالتقاء مع حركة الدفاع الاجتماعى الحديث فى ضرورة تفريد العقاب أثناء تنفيذه تبعاً لشخصية المتهم. ومع ذلك فإنها لا تتفق مع حركة الدفاع الاجتماعى فيما يتعلق بوظيفة العقوبة حيث ترى وجوب احتفاظ هذه الأخيرة بدورها التقليدي فى مجازاة الإرادة^(٢)

ومن أهم الأفكار التى نادت بها هذه المدرسة والتى لها صلة مباشرة بموقف النظرية من الإكراه أن للمسئولية الجنائية مفهوماً ديناميكياً ومعقداً يتأثر بماضى المتهم بنفس القدر الذى يتأثر بمستقبله بمعنى أن ماضى المتهم ومستقبله والذى يتم وضعه فى الاعتبار يوم ارتكاب الجريمة من خلال فكرة الإرادة الجنائية - هو الذى يقرر تدخل الدولة - وليس مبدأ حرية الاختيار التى ينبغى أن تكون أساس اختيار الجزاء الجنائى وتتنقد الحركة المعاصرة هذا حيث يضع المتهم نفسه تحت تصرف الإرادة العقابية المدة اللازمة لى يحقق برنامج التأهيل أهدافه وعلى ذلك فلن يكون هناك ما يمنع القاضى من أن يحكم بعقوبة طويلة المدة مع الالتزام بالحد الأقصى المقرر قانوناً ومع إمكانية تقصيرها أثناء التنفيذ إذا تحققت أهدافها - بعفو أو إفراج تحت شرط^(٣) وعليه فإن نطاق المسئولية الجنائية وفقاً لهذا الاتجاه يتطابق مع الإرادة الجنائية للشخص وإن كان نطاق هذا الأخير يتسع ويضيق تبعاً للمذاهب الفكرية الجنائية القديمة منها والحديثة.

(١) د/ على راشد ، مرجع سابق ، ص ٥٨ - د/ هشام فريد ، مرجع سابق ، ص ٢٨٨.

(٢) د / أحمد عوض بلال ، مرجع سابق ، ص ٧٦.

(3) Merle et vitu, op. Cit, Pp. 121 - 122

الفصل الثانى الإكراه المادى

٣٤- تمهيد وتقسيم:

من المبادئ الدستورية الثابتة أنه لا سبيل الى تحميل شخص بعينه تبعة واقعة مؤثمة جنائياً ما لم ترتبط هذه الواقعة بنشاط ذلك الشخص برابطة سببية المادية. ذلك لأن مساءلة الشخص عن واقعة مؤثمة جنائياً بغير إسنادها مادياً إلى نشاطه الإرادى بحسبانه السبب المباشر فى حدوثها يعنى المسئولية الجنائية إما عن فعل الغير - كما لو كان هذا الغير قد أكره مادياً على إحداث الواقعة الإجرامية - وإما عما يقع بفعل القضاء والقدر ، إن كان مصدر الواقعة هو " القوة القاهرة " أو ما يجرى مجراها ولا دخل لإرادة المتهم فيما حدث ^(١).

ويتبين من هذا - أن للإرادة أهمية أساسية فى النظرية العامة للجريمة فهى وسيلة القانون إلى تحديد الشخص المسئول عن الفعل المرتكب وعن النتيجة التى تترتب عليه وبغيرها لا قيام للجريمة كظاهرة قانونية مستكملة الأركان واعتبار

(١) الإسناد بصفة عامة هو فكرة مجردة توضح العلاقة بين واقعة ومصدرها وفى إطار القانون الجنائى توضح العلاقة بين الجريمة ومرتكبها فلا يمكن مساءلة شخص عن فعل إجرامى إلا إذا اسند اليه من الناحية المادية أى يمكن القول انه وليد ثمرة يديه أى ناشئ عن تصرفه أو بمعنى آخر ارتباط الفعل بمن صدر عنه ، ارتباط العلة بالمعلول والسبب بالمسبب وهذه العلاقة وحدها غير كافية لقيام المسئولية الجنائية بل لابد من وجود رابطة معنوية ... على نحو ما سيأتى فى الباب الأول من الرسالة ...

د / عبد الرحمن حسين على ، أثر الجهل أو الغلط فى القانون على المسئولية الجنائية ، رسالة دكتوراة ، حقوق القاهرة ، ١٩٨٤ ، ص ٩.

- وقد نص قانون العقوبات على سببين لامتناع المسئولية هما الغيبوبة الناشئة عن سكر غير اختياري والإكراه وحالة الضرورة ولكن ينبغي ناسياً على المبدأ ذاته التسليم بامتناع المسئولية فى سائر الحالات التى ثبت فيها إن إرادة المتهم لم تتجه الى الفعل الإجرامى إلا بسبب غلط ولد فى نفسه الاعتقاد بمشروعية فعله ولم يكن فى مقدوره أن يكشف غلطه.

- د/ عمر السعيد رمضان ، شرح قانون العقوبات ، القسم العام ، دار النهضة العربية ، بدون تاريخ نشر ، ص ٢٨٩.

الإرادة سببا للفعل وسيطرتها عليه فى جميع أجزائه قول يجمع عليه الفقهاء وينبنى على هذا الدور نفي صفة الفعل عن كل حركة عضوية تصدر عن شخص لا تسيطر إرادته على حركات جسمه^(١) كما فى حالة الإكراه المادى .

وعلى هذا سنقسم الدراسة فى هذا الفصل الى مبحثين :

المبحث الأول : الإكراه المادى وصوره

المبحث الثانى : شروط الإكراه المادى

(١) الإرادة نشاط نفسى يؤثر على العالم الخارجى وهى بذلك السبب النفسى للفعل الذى يأتىه الجانى وما يترتب عليه من آثار : فالعلاقة بين الإرادة والفعل علاقة سببية ...
د/ محمود لجيب حسنى ، النظرية العامة للقصد الجنائى ، دار النهضة العربية ، ط ٣ ، ١٩٨٨ ، ص ٢٥.

ويفرق الفقيه الفرنسى جارو بين مدلولين للإرادة :
الأول : الإرادة فى معنى الحرية أى حرية التصرف والحركة وهى بهذا المعنى أساس تجريم الواقعة المادية سواء فى الجرائم العمدية أو غير العمدية.
الثانى : الإرادة فى معنى الاختيار الإيجابى لنشاط مجرد أو نتيجة محددة ينطبق كلاهما على وصف جريمة مما نص عليها القانون وهى بهذا المعنى ليست فى الحقيقة شيئاً آخر غير الحالة النفسية لدى الجانى الذى يعى حقيقة نشاطه الإجرامى أو يتمثل النتيجة الإجرامية التى يهدف إليها بهذا النشاط.

وتقتضى الإرادة غاية تسعى إليها وفكرة تعمل على تحقيقها ومادة تسعى الى بعث الروح فيها وهى بهذا المعنى عبارة عن حلقة الاتصال بين الذات والموضوع.
... جارو : مشار إليه د / على احمد راشد ، عن الإرادة والعمد والخطأ فى نطاق المسؤولية الجنائية ، مرجع سابق ، ص ١١.

د / زكريا إبراهيم ، مشكلات فلسفية ، مشكلة الحرية ، مكتبة مصر ، ١٩٨١ ، ص ١٤٦
ومشار إليه د / محمد السعيد عبد الفتاح ، مرجع سابق ، ص ٥٣

المبحث الأول

الإكراه المادى

La contrainte physique

٣٥- مفهوم الإكراه المادى لدى الفقه :

تعددت تعريفات الفقهاء للإكراه المادى على النحو التالى :

يرى البعض أنه الصورة المثلى لحالة غياب الإرادة لدى المكره وبالتالي غياب (العقل) الذى يمكن أن تقوم به الجريمة ^(١) فهو قوة إنسانية عنيفة ، مفاجئة أو غير مفاجئة تجعل من جسم الإنسان أداة لتحقيق حدث إجرامى معين بدون أن يكون بين هذا الحدث وبين نفسية صاحب الجسم أى اتصال إرادى ^(٢)

ويرى فريق آخر أنها قوة مادية تدفع الفاعل إلى ارتكاب الفعل المكون للجريمة دون أن يكون فى قدرته مقاومتها. فالإكراه يمحو الإرادة بحيث لا ينسب للفعل إلى من صدر عنه وإنما ينسب الى القوة التى سخرته ، فإذا كانت هذه القوة إنسانا نسبت إليه الجريمة أما إذا كانت قوة غير بشرية فلا يكون هناك وجود للجريمة ^(٣).

ويتبين مما سبق أن الفقه يميز بين صورتين لمصدر الإكراه إحداها يقصرها على القوة الإنسانية والآخر يتوسع فى مصدر هذه القوة لتشمل قوة الطبيعة أو فعل

(١) د/ جلال ثروت ، النظرية العامة للقانون الجنائى ، مؤسسة الثقافة الجامعية ، بدون تاريخ نشر ، بند ٤٢ ، ص ٤٢٩.

(٢) د / رمسيس بهنام ، النظرية العامة للقانون الجنائى ، منشأة المعارف ، ١٩٦٥ ، ص ٨١.
د/ عبد العظيم مرسى الوزير ، شرح قانون العقوبات (القسم العام) ، دار النهضة العربية ، ١٩٩٩ ، ص ٥٣٦.

(٣) د/ محمود نجيب حسنى ، شرح قانون العقوبات (القسم العام) ، دار النهضة العربية ، ط ٦ ، بند ٦٠٧ ، ص ٥٥٨ ، د/ فوزية عبد الستار ، شرح قانون العقوبات (القسم العام) ، دار النهضة العربية ، ١٩٩٢ ، بند ٤٩٢ ، ص ٥٤٢ ، د/ حسنى الجندى ، شرح قانون العقوبات (القسم العام) بدون جهة نشر ، ط ١ ، ١٩٩٤ ، بند ٢٥٧ ، ص ٢٩٠.

الحيوان أو غيرها^(١).

ونحن من جانبنا نؤيد الاتجاه الثانى لأن العبرة هى بما يعترى الإرادة من عجز أو شل يؤدي لانعدام السببية فكل عارض يستهدف الإرادة إزاء موقف معين فيعطّلها عن أداء وظيفتها ويدفع صاحبها دفعاً إلى إتيان عمل محظور أو يعجزه عن أداء عمل واجب فإنه يجعل الشخص فى حالة إكراه مادي.

٣٦- موقف الشريعة الإسلامية:

ويقابل ذلك فى الشريعة الإسلامية الإكراه التام أو الملجئ وهو الذى يعدم الرضا ويفسد الاختيار ، وهو ما خيف فيه تلف النفس أو عضو من الأعضاء كالتهديد بالقتل والتهديد بقطع عضو من الأعضاء والتهديد بضرب إلى شئ من هذا - وقد ألحق بعض العلماء بهذا - التهديد بإتلاف المال كله ، وهذا النوع يسمى إكراهاً تاماً لأنه يجعل المكره فى يد المكره كالألة فى يد الفاعل والسيوف فى يد الضارب^(٢).

ويرى بعض الفقهاء فى مذهب أحمد - ورأيهم مرجوح - أن الإكراه يقتضى شيئاً من العذاب مثل الضرب والخنق وعصر الساق وما أشبه وإن التوعد بالعذاب لا يكون كرهاً ، ويستدلون على ذلك بقصة عمار بن ياسر حيث أخذه الكفار فأرادوه على الشرك بالله فأبى عليهم ، فلما غطوه فى الماء حتى كادت روحه تزهق

(١) الإكراه المادي يمكن أن يكون مصدره خارجي كما يمكن أن يكون داخلي فيكون الإكراه خارجي عندما يرجع إلى قوة طبيعية مثل الصاعقة أو هزة أرضية أو قوة طبيعية كذوبان الجليد الذى يتجمع بصورة مفاجئة على الطريق ويتسبب فى انحراف السيارات ووقوع تصادمات ، وكذا راكب الدراجة الذى يصطدم أثناء السباق بأحد رجال الشرطة (Crim 5 januer 1957) ويكون داخلي عندما يرتبط بالجاني نفسه مثل الانفعالات والمذاهب الفلسفية والمعتقدات الدينية والأمراض كالمرض الذى يتسبب مثلاً فى حدوث نوم عميق يؤدي إلى منع المسافر من النزول فى المحطة التى كان يقصدها.

Cass. Crim 19 Octobre 1922, DP, 1922, I, 233.

أو من يصاب بأزمة قلبية واجبر على الراحة التامة مما أدى الى ترك عمله

Cass. Crim ., 24 avr. 1937, D. H. 1937. 429

Desportes. Et le Gunehec, le Nouveau Droit Pénal, Cujas 6 éd, 2000. No. 663, P. 580.

(٢) محمد أبو زهيرة ، مرجع سابق ، ص ٥٣٠.

أجابهم ما طلبوا فأنتهى إليه النبي - صلى الله عليه وسلم - وهو يبكي فجعل يمسح دموعه ويقول (اخذك المشركون فغطوك فى الماء وأمروك أن تشرك بالله ففعلت ، فإن أخذوك مرة أخرى فافعل ذلك بهم) (١) .

والضرب الذى يعد إكراها هو ما يسبب الألم الشديد وليس فى ذلك حد لا يزداد على ذلك ولا ينقص منه وكل ذلك على قدر ما يرى الحاكم إذا رفع ذلك إليه ، فما رأى أنه إكراه أبطل الإقرار به لأن ذلك يختلف باختلاف أحوال الناس ، فالوجبة الذى يضيع الحبس من وجاهته قد يكون تأثير الحبس أو القيد يوماً فى حقه فوق تأثير حبس شهر فى حق غيره ، فلهذا لم تقدر قيمة شئ وجعلناه موكولاً إلى رأى القاضى ليبنى ذلك على حال من ابلى (٢) .

أما النوع الثانى من الإكراه فهو الإكراه الناقص أو غير الملجئ وهو أن يكرهه بما لا يخاف منه على نفسه أو على عضو من أعضائه كالضرب الشديد أو القيد أو الحبس فإنه يعد الرضا ولا يوجب الإلجاء ولا يفسد الاختيار . وهذا النوع من الإكراه لا يؤثر إلا فى تصرف نحتاج فيه إلى الرضا كالبيع والإجارة والأقدار (٣) .

٣٧. الإكراه المادى والقوة القاهرة :

الإكراه المادى على النحو السابق هو قوة يتعذر مقاومتها تسخر المتهم

(٢) المبسوط جـ ٢٤ ، ص ٥١ - د / محمد السعيد عبد الفتاح ، مرجع سابق ، ص ٦٧ .

(٣) ويوجد نوع آخر محل خلاف وهو الذى لا يؤثر فى أصل الرضا أى لا يعدمه وهو التهديد بالآذى ينزل بأحد أصوله أو فروعه أو أحد أقاربه بما دون إتلاف النفس أو إتلاف العضو . فإن هذا الإتلاف يعد من النوع الأول أو الثانى ، أما التهديد بحبس أحد أبويه أو زوجه فهو من القسم الثالث وفى هذا النوع اختلاف ، أهو إكراه معتبر أم غير إكراه فقد جاء من المبسوط فى باب الإكراه ما نصه (لو قيل له لتحبس أباك أو ابنك فى السجن أو لتبيعن عبدك هذا بألف ففعل ، ففى القياس البيع جائز لأن هذا ليس بإكراه وفى الاستحسان ذلك إكراه ولا ينفذ شئ من هذه التصرفات لأن الولد إذا كان باراً يسعى فى تخلص أبيه من السجن ، وإن كان يعلم أنه حبس ربما يدخل السجن مختاراً ويجلس مكان أبيه ليخرج أبوه ، فكما أن التهديد بالحبس فى حقه يعدم تمام الرضا فكذلك التهديد بحبس أبيه - ... لأمين أفندى افرام البستانى ، شرح قانون العقوبات المصرى ، مطبعة المحروسة ، ١٨٩٤ ، ص ١٩٢ ، بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع ، جـ ٩ ، ص ١٧٥ ، محمد أبو زهرة ، مرجع سابق ، ص ٥٦٤ .

لارتكاب جريمة فهي في تعبير آخر قوة قاهرة تتعدى بها إرادته (١) .

فالإكراه المادى والقوة القاهرة يعتبران مترادفان ولكن تخصص أحيانا دلالة الإكراه المادى فيقتصر على حالة ما إذا كانت القوة إنسانية أما سائر حالاتها كالقوة الطبيعية أو قوة الحيوان فيطلق عليها تعبير القوة القاهرة (٢) .

ولهذا يذهب البعض الى تعريف القوة القاهرة بأنها عامل طبيعى غير إنسانى يتميز بالعنف أكثر مما يتصف بالمفاجأة ، وسخر جسم الإنسان فى إنتاج حدث يعتبر إجرامياً لو كان الذى حققه إنسان (٣) .

ومن أمثلة القوة القاهرة الأمر بوضع رصيد الطاعن تحت التحفظ يوفر فى

(١) د/ فوزية عبد الستار ، مرجع سابق ، ص ٥٤٣ ، د/ أحمد فتحى سرور ، الوسيط فى قانون العقوبات (القسم العام) ، دار النهضة العربية ، ط ٦ ، ١٩٩٦ ، بند ٣٤٥ ، ص ٥١٢ .

(٢) د/ محمد نجيب حسنى ، مرجع سابق ، ص ٨٠١ .

(٣) د/ رمسيس بهنام ، مرجع سابق ، ص ٨٠١ - د/ زنون الرجيو ، مرجع سابق ، ص ١٥ .
د/ محمد على السالم عياد الحلبي ، شرح قانون العقوبات الأردنى (القسم العام) ، دارة ومكتبة بغدادى للنشر والتوزيع ، ط ١ ، ١٩٩٣ ، ص ٣٩٠ .

- وقد عرف أولبيان القوة القاهرة بأنها كل قوة لا يمكن مقاومتها ومن أمثلتها الحريق الناشئ عن الصواعق ، الزلازل ، الفيضانات .. الخ ومن أهم الأوصاف التى اهتم بها الفقه المصرى والفرنسى لتعريف القوة القاهرة :

١. الخارجية (L'exteriorite) فالقوة القاهرة فيما يقرره الدكتور محمد لبيب شنب هي " حادثة خارجية " لا يمكن توقعه ولا دفعه يؤدي مباشرة إلى حصول الضرر .

٢. المجهولية : فالقوة القاهرة فيما يؤكد هنرى وليون وجان مازو هي واقعة مجهولة غير ممكن توقعها ولا دفعها.

٣. عدم إمكان التوقع - فإذا أمكن توقع الحادث حتى لو استحال دفعه لم يكن قوة قاهرة.

٤. استحالة الدفع : يجب أن تكون القوة القاهرة فيما يؤكد ماري ، حادثاً لا يمكن ولا يجب مقاومته أى بالجملة واقعة مستحيلة الدفع.

٥. استحالة تنفيذ الالتزام استحالة مطلقة.

- Impossibilité absolue d'exécution de l'obligation.

-وتستوى أن تكون الاستحالة مطلقة أو نسبية.

- د/ محمد شتا أبو سعد ، مفهوم القوة القاهرة ، مجلة مصر المعاصرة ، س ٧٤ ، ١٩٨٣ ،

ع ٣٩٣ ، ص ٣٠٥ .

صحيح القانون قوة قاهرة - من تاريخ سريانه - يترتب على قيامها انعدام مسئولية المتهم الجنائية عن الجريمة المنصوص عليها في المادة - ٣٣٧ عقوبات ^(١) وسائق السيارة الذي لم يستطع أن يتخذ الاحتياطات الضرورية الخاصة كمصابيح الإضاءة أثناء سيره بسيارته ليلاً بسبب هبوب عاصفة خالف دون ذلك ^(٢) .
والشخص الذي وقع ضحية لعملية سرقة سياج مواشيه مما أدى إلى تركها طلبقة ^(٣) .

أو الإجراءات الإلزامية التي تتخذها الحكومة لمنع المرور في الطريق بسبب حدوث عطل في هذا الطريق ^(٤) .

ومن جماع ما تقدم يتبين أن القوة القاهرة قد يكون مصدرها فعل الطبيعة أو فعل حيوان أو إنسان أو إجراءات إلزامية تتخذ من قبل الحكومة دون أن تكون قاصرة على عامل الطبيعة فقط ويكون الإكراه المادي والقوة القاهرة وبحق تعبيرين مترادفين غير أن التمييز بينهما قائم من ناحية التخصيص فالإكراه المادي في مدلوله الضيق تبقى الجريمة قائمة وإن نسبت إلى من صدر الإكراه عنه أما القوة القاهرة فتتفى الجريمة إطلاقاً ^(٥) .

٣٨- الإكراه المادي والحادث الفجائي :

يراد به عامل طارئ يتميز بالمفاجأة أكثر مما يتصف بالعنف يجعل الإنسان أداة لحادث إجرامي معين دون أي اتصال إرادي بين هذا الحادث وبين نفسية ذلك الإنسان ويستوى في ذلك العامل أن يكون ظاهرة طبيعية أو فعلاً إنسانياً ^(٦) .

(١) نقض ١٢/٥/١٩٩٣ ، أحكام النقض ، س ٤٤ ، رقم ٦٩ ، ص ٤٧٥ .

(2) Cass. Crim 10 nov. 1959 : B. no. 475

(3) Cass. Crim 12 oct. 1850. S. 53, 1, 464

(4) Cass. Crim 17 Juil. 1858. D. 58. 384

(٥) د/ محمود محمود مصطفى ، شرح قانون العقوبات (القسم العام) ، مطبعة جامعة القاهرة ، ط ٧ ، ١٩٧٤ ، بند ٣٢٥ ، ص ٤٧٤ .

د/ عمر السعيد رمضان ، مرجع سابق ، ص ٢٩٦ .

(٦) د/ رمسيس بهنام ، مرجع سابق ، ص ٨٠٢ .

فهو لا يمحو الإرادة ولا يجردها من التمييز وحرية الاختيار ولكن يزيل عنها العمد والخطأ فيجردها من الصفة الإجرامية ولا يقوم بها الركن المعنوي للجريمة ويشترط فيه أن يكون من غير الممكن توقعه وأن يكون من غير الممكن تفادى حدوثه وفقاً لمعيار الشخص المعتاد^(١)

بينما يعتبر البعض الآخر سبباً من أسباب انقطاع رابطة السببية بين السلوك والنتيجة ولكن نظراً لأن السببية لا تنقطع إلا بالعامل الشاذ غير المألوف فإن الحادث الفجائى لا يقطع علاقة السببية إلا إذا توافرت فيه تلك الصفة فمن يلقى بنفسه أمام سيارة تسير فى الطريق قاصداً الانتحار فإن السببية تنتفى إذا لم يتمكن قائد السيارة من مفاداة المجنى عليه فصدمة.

أما قائد السيارة الذى يصاب بعمى ألوان مفاجئ ويرى الإشارة الحمراء خضراء وينطلق فى السير فيصطدم بسيارة أخرى ويؤدى ذلك إلى وفاة من فيها فإن الركن المعنوي ينتفى استناداً إلى الحادث الفجائى^(٢)

ورغم أن العلاقة فيما بين الحادث الفجائى والقوة القاهرة يحولان دون توقيع العقاب إلا أن القوة القاهرة تؤدى إلى محو إرادة المتهم بحيث لا ينسب إليه سوى حركة عضوية مجردة من الصفة الإرادية أما الحادث الفجائى فيجرد السلوك

(١) فإذا كان خطأ المجنى عليه من القرابة والشذوذ والجسامة على نحو لا يستطيع معه المتهم توقعه توافر الحادث الفجائى مثل نوم المجنى عليه فوق قضبان السكة الحديد مما أدى إلى أن دمه القطار (نقض ١٩٤٥/٤/٢٣ مجموعة القواعد القانونية ، جـ ٦ ، رقم ٥٦١ ص ٧٠٣) أو وقوفه فوق البالات التى تحملها سيارة نقل مما أدى إلى اصطدام رأسه بكوبرى علوى وموته. (١٩٤٦/١/٢٨ ، مجموعة القواعد القانونية ، جـ ٧ ، رقم ٧٠ ، ص ٦٧) أو ظهور المجنى عليه فجأة أمام السيارات التى يقودها المتهم وعلى مسافة تقل عن متر. (نقض ١٠/١٢ ١٩٦٤/ مجموعة أحكام النقض ، س ١٥ ، رقم ١١١ ، ص ٥٦٨) ففى جميع الأمثلة عوامل لا يستطيع المتهم أن يتوقعها ولا يجب عليه ذلك مما ينتفى عنصر الخطأ فى حق المتهم ...

د/ فوزية عبد الستار ، مرجع سابق ، ص ٥٤٣ ، د/ محمود نجيب حسنى ، شرح قانون العقوبات (القسم الخاص) ، دار نافع للطباعة والنشر ، ١٩٨٧ ، بند ٥٥٩ ، ص ٤١٠ .

(١) د/ مأمون محمد سلامة ، مرجع سابق ، ص ٣٣٦ .

الإرادى الذى صدر عن المتهم من وصفى العمد والخطأ^(١) .

(١) لا فرق من ناحية المسؤولية الجنائية بين القوة القاهرة والحادث العارض فكلاهما يعدم المسؤولية ماديا على خلاف الحال فى نطاق المسؤولية المدنية فإن من الفقهاء من يفرقون بين الأمرين ويقولون بتحمل الإنسان مدنياً تبعة الضرر الناشئ عن الحادث العارض الذى يعترض نشاطه وذلك على اعتبار أنه وإن يكن - كالقوة القاهرة - مما يعزى إلى المصادفة البحتة - وما كان يمكن للإنسان والحالة هذه أن يتوقعه أو يدفعه إلا أنه من الأخطار المحتمل وقوعها بالنظر إلى نوع هذا النشاط ، وذلك بعكس القوة القاهرة التى تعتبر دائماً أمراً اجنبياً عن دائرة هذا النشاط ... د/ على راشد ، د/ يسرى أنور ، مرجع سابق ، ص ٢٣٥

- وذهب رأى سائد أن القوة القاهرة هى نفسها الحادث الفجائى وأنه لا فرق بين الأمرين وتلك هى النظرية الأحادية (Conception moniste) ولكن فى مقابل ذلك ظهرت نظرية أخرى فى التسعينات إلى التفرقة بين القوة القاهرة والحادث الفجائى وهذه هى النظرية الثنائية (La conception dualiste)

١. وحدة القوة القاهرة والحادث الفجائى : تقوم على فكرة أن المدين لا يسأل إلا بعد إعداره إلا إذا كان قد تحمل المسؤولية بموجب نص خاص فى الاتفاق أو وقع منه قبل حصول الحادث الفجائى أو قوة القاهرة بعد إعدار المدين ، كان عليه ضمان التلف أو الهلاك متى ثبت أنهما ما كانا ليحدثا لو أن الشئ سلم إلى الدائن فى حينه.

٢. ثنائية القوة القاهرة والحادث الفجائى وتغايرهما :

- مضمونه أن القوة القاهرة ، هى واقعة ، يستحيل ، مطلقا التغلب عليها أو توقعها ، وهى تنجم عن قوة أجنبية أو خارجية كالعاصفة أو هزة أرضية أو ... وكل ذلك على خلاف الحال ، حال الحادث الفجائى ، فهو مجرد عقبة داخلية تتولد عن نفس مقتضيات أوضاع استغلال المدين للشئ ، ومثال ذلك العيب المادى أو الخطأ فى استعمال واستحالة دفع الحادث هنا ليست مطلقة كما فى حالة القوة القاهرة ولكنها مجرد استحالة نسبية.

- وهكذا يمكن القول أن الفكرة الأساسية التى استند إليها محبزو التفرقة بين القوة القاهرة والحادث الفجائى تتمثل فى مدى كون الواقعة خارجية وأجنبية أم داخلية ولصيقة بالمدين ، فإن كانت الأولى فإن الأمر يتعلق بقوة القاهرة وإن كانت الثانية فإن الأمر يتعلق بحادث فجائى ...

- د/ محمد شتا أبو سعد ، مرجع سابق ، ص ٣٠٩

المبحث الثاني شروط الإكراه المادي

٣٩- تقسيم:

خلا قانون العقوبات المصري من نص صريح يتناول الإكراه المادي وشروطه وإن كان إجماع الفقه والقضاء قد انعقد على ضرورة توافر شرطين لتحقيقه (١)

الأول : وجود قوة غير قابلة للرد. **الثاني : أن تكون هذه القوة غير متوقعة.** وسوف نتناول كلا منهما في مطلب على حدة :

- (١) د/ حسنى الجندي ، شرح قانون العقوبات (القسم العام) بدون جهة نشر ، ط ١ ، ١٩٩٤ ، بند ٢٥٩ ، ص ٢٩١ ، د/ سلوى توفيق بكير ، د/ على حمودة ، شرح قانون العقوبات (القسم العام) بدون جهة نشر ، ٢٠٠٠ ، ص ٦١٥ ، د/ عبد الوهاب حومد ، للوسيط في شرح القانون الجزائي الكويتي ، بدون جهة نشر ، ط ٣ ، ١٩٨٣ ، ص ٢٧٨ ، د/ محمد السعيد عبد الفتاح ، مرجع سابق ، ص ٨٩ .
- سقطت جريمة المخالفة في المادة (٦٥) من قانون العقوبات الأهلي والصادر سنة ١٨٨٢ سقوطها في المادة (٦٣) من قانون العقوبات الفرنسي وكان الأولى إيرادها والحاقيها بأختها ، فواضعي القانون الفرنسي قسم المادة (٦٤) من قانون العقوبات الفرنسي إلى قسمين فوضع على العتة قسما وهو المادة (٦٣) وعلى الإكراه قسما آخر وهو المادة (٦٥) وهذا اليبق من ضمها وذلك إظهار لشأنها في القانون .
- وهاك نص المادة (٦٥) من قانون عقوباتنا (إذا أكره المتهم على فعل جنائية أو الجنحة بقوة لا يستطيع مقاومتها فلا يعد ما وقع منه جنائية ولا جنحة) ويتبين من نص هذه المادة بحسب الظاهر من عباراتها أنها قاصرة على الإكراه المادي ... لأمين أفندي إبرام البستاني ، شرح قانون العقوبات ، مطبعة المحروسة بمصر ، ١٩٤٨ ، ج ١ ، ص ١٣٩ .
- وقد عدلت المدونة الحالية الصادرة في سنة ١٩٠٤ - والمعدلة في سنة ١٩٣٧ - عن النص عليه لبداهته وكان من الأجدر مسايرة القوانين الحديثة لأن منها ما يعين بأكثر وضوحا نوع الإكراه هذا ومن التشريعات العربية ما صرحت بالإكراه المادي كالقانون الأردني حيث نصت المادة (٨٨) من قانون العقوبات " لا عقاب على من أقدم على ارتكاب جرم مكرها تحت طائلة التهديد وكان يتوقع حين ارتكابه ذلك الجرم ضمن دائرة المقول الموت العاجل أو أى ضرر بليغ يؤدي إلى تشويه أو تعطيل أى عضو من أعضائه بصورة مستديمة فيما لو امتنع عن ارتكاب الجرم المكره على اقتراه وتستثنى من ذلك جرائم القتل ، كما يشترط ألا يكون فاعل الجريمة قد عرض نفسه لهذا الإكراه بمحض إرادته أو لم يستطيع إلى دفعه سبيلا " .
- والقانون الليبي حيث نصت المادة (٧٥) عقوبات " لا عقاب على من ارتكب فعلا أكرهه الغير على ارتكابه بقوة مادية عجز عن دفعها أو لم يستطع للتخلص منه ... " .
- وكذا القانون اللبناني حيث تنص المادة (٢٢٧) " لا عقاب على من أكرهته قوة مادية ... لم يستطع إلى دفعها سبيلا . من وجد في تلك الحالة بخطأ منه عوقب عند الاقتضاء كفاعل جريمة غير مقصودة " .
- ويتضح مما سبق أن شرطي الإكراه المادي تتمثل في :
أولا : وجود قوة غير قابلة للرد .
ثانيا : أن تكون هذه القوة غير متوقعة .
- ومن التشريعات الأجنبية المسايرة لهذا الاتجاه كالقانون الألماني حيث تقول المادة (٥٢) " لا عقاب على فعل متى كان فاعله أكرهه على أتياهه بقوة لا قبل له بردها أو إكراه بتهديد مقترن بخطر محقق بشخصه أو بحياته أو بحياة أحد ذوي قرباه ولم يتمكن من دفعه ... " وكذا القانون الإنجليزي في المادة (٢١) " لا يعتبر الشخص مسئولا جنائيا عن أى عمل قام به أو أى جريمة ارتكبها بسبب تعرضه للتهديد بالقتل أو بالأذى الجسدي البالغ (له أو لغيره) من قبل شخص آخر يعتقد أن في استطاعته تنفيذ تهديد على الفور ... " .
- وكذا القانون الإيطالي فنص في المادة ٤٦ عقوبات " لا عقاب على من ارتكب فعلا أكرهه عليه من الغير بواسطة عنف مادي لم يكن في استطاعته مقاومته أو التخلص منه بأية كيفية ، وفي مثل هذه الحالة يسأل من صدر عنه العنف عن الفعل الذي ارتكبه الشخص المكره " .
- وقد سايرت محكمة النقض هذا الاتجاه فقررت أنه (يشترط لتوافر الحادث القهري ألا تكون للجاني يد في حصول الضرر أو في قدرته منعه)
- نقض ١٩٥٩/٤/٢٠ ، مجموعة القواعد القانونية ، س ١٠ ، رقم ٩٩ ، ص ٤٥١ ، نقض ١٩٧٧/٢/١٣ ، س ٢٨ ، رقم ٥٣ ، ص ٢٣٧ .

المطلب الأول وجود قوة غير قابلة للرد

٤٠ مفهوم هذا الشرط :

يقصد بالقوة غير القابلة للرد تلك القوة التي تعمل على شل إرادة الجاني والقضاء على حرية اختياره بحيث يجد نفسه أمام استحالة مطلقة على التصرف أو المقاومة^(١).

أما إذا كان من شأن هذه القوة أن جعلت اجتناب التصرف أمراً عسيراً فإن الإكراه المادى لا يتوافر بذلك ، إذ مازال لإرادته وجودها وقد كان فى وسعه أن يوجهها إلى التغلب على هذه الصعوبات فإن لم يفعل فمعنى ذلك أنه استعمل إرادته على نحو ما ويناقض ذلك القوة بتوافر الإكراه المادى^(٢).

ولا يختلف الأمر ولو كانت وسيلة الدفع أو الخلاص مهينة أو شائنة ، أو كانت تصيبه بأذى فى ماله أو نفسه لأن إذعان المكره للسبب مع قدرته على أى وجه على الخلاص منه دليل على أن إرادته لم تكن معطلة تماماً وأنه حين أذعن فقد اختار أهون الشرين وأخف الضررين والمتفق عليه أن الإكراه المادى وحرية الاختيار لا يجتمعان بل يتنافيان^(٣).

وإذا كانت الاستحالة المطلقة فى رد القوة هى الشرط الجوهرى فى تحقيق الإكراه المادى إلا أن نص المادة ١٢٢ - ٢ من قانون العقوبات الفرنسى^(٤) - " لا

(1) Salvage (P), Droit pénal général, 4 éd, 1998. No. 88. P. 46.

- Canin, op. cit. P. 81.

(٢) د/ محمود نجيب حسنى ، شرح قانون العقوبات اللبنانى ، بيروت ، ط٢ ، ١٩٧٥ ، بند ٤٩٨ ، ص ٥٠٨.

د/ محمد سامى النبرواى ، شرح الأحكام العامة (لقانون العقوبات الليبى) ، جامعة قاريونس - بنغازى - ، ط٣ ، ١٩٩٥ ، بند ٣٤٠ ، ص ٤١٧.

(٣) د/ عوض محمد ، قانون العقوبات (القسم العام) ، دار المطبوعات الجامعية ، بدون تاريخ نشر ، ص ٥٢٨.

(٤) Art . 122 - 2. - N'est pas pénalement responsable la personne qui a agis sous l'empire d'une force ou d'une contrainte à laquelle elle n'apu résister .

تقع المسؤولية الجنائية على الشخص الذي ارتكب فعل ... إزاء قوة لا قبل له على ردها " - قد تتطلب شئ من الاستحالة النسبية وهذا يتبين من صياغة نص المادة إلا أن القضاء قد جرى على ضرورة توافر الاستحالة المطلقة^(١)

والنتيجة المترتبة على هذا المعيار أنه يرفض الصعوبات مهما كانت جسيمة إذا لم تبلغ مرتبة الاستحالة المطلقة.

وعليه يتبين أن الاستحالة المطلقة تتسع للصعوبات الجسيمة إلا أنها تتطلب في الصعوبة أن تكون جدية للغاية ليثبت لها الاعتبار القانوني الكامل حتى تعمل على إلغاء حرية الاختيار^(٢)

٤١. تطبيقات القضاء المصري والفرنسي :

وتطبيقاً لهذا فإن القضاء الجنائي المصري قد جرى على " أن قول المتهم أنه إنما أصدر الشيكات مضطراً بعد أن أغلق محله وأحاطت به دعوى إشهار إفلاسه ، فعمد إلى إصدار شيكات للخلاص من الخطر المحقق به "

وهذا القول مردود عليه بأن الإكراه بمعناه القانوني غير متوافر ... " .^(٣)

وفي حكم آخر " التزام المتهم بأن يستورد في الموعد القانوني البضاعة التي حول إلى الخارج عمله أجنبية لاستيرادها لا يحول دون ارتفاع أسعار هذه البضاعة إلى الخارج " ^(٤)

وفي حكم ثالث " أن التقرير بالطعن بالنقض وتقديم أسبابه من شأن الطاعن لا المحامي عنه. مرض المحامي عن الطعن لا يوفر لدى الطاعن عنراً قهرياً يحول بينه وبين تقديم الأسباب في الميعاد " ^(٥)

(1) Borricand, op. cit. P 145.

(٢) د/ زنون الرجبو ، مرجع سابق ، ص ١٧٧.

(٣) نقض ١٩٥٩/٦/٣ ، أحكام النقض ، س ١٠ ، رقم ٦٤٠ ، ص ٦٦٩ - نقض ١٩٩٨/٥/١٤ ، س ٤٩ ، رقم ١٠٨ ، ص ٤٥٨.

(٤) نقض ١٩٥٦/٦/١٢ ، أحكام النقض ، س ٧ ، رقم ٢٤٣ ، ص ٨٤٤.

(٥) نقض ١٩٧٢/٤/٢٣ ، أحكام النقض ، س ٢٣ ، رقم ١٣١ ، ص ٥٩ ، نقض ١٩٩٨/٧/٢ ، أحكام النقض ، س ٤٩ ، رقم ١٠٨ ، ص ٤٥٨.

وفي حكم رابع " أن ما ينعاه الطاعن بدعوى انه أكره على إصدار الشيكات موضوع التهمة وأنه إنما أصدرها مضطراً لتقبل الشركة تمويل عملية التوريد مردود بأن الإكراه بمعناه القانوني غير متوافر في الدعوى لأن الشركة قد استعملت حقاً خولها إياه القانون فلا تثريب عليها في ذلك... " (١)

وما انتهى إليه القضاء المصري من ضرورة توافر الاستحالة المطلقة في رد القوة هو ما ذهب إليه القضاء الفرنسي من عدم تطبيق مسألة الإكراه على مستأجر دور العرض (السينما) الذي لم يستطع عمل حصر دقيق لحالات الدخول حيث يتعلل بأن هناك بعض المتفرجين يدخلون من المداخل المخصصة للأحوال الطارئة نظراً لأنه كان في إمكانه حراسة هذه المداخل السرية (٢)

وكذا حالة الضرورة التي يتذرع بها الأجنبي لكي يقيم في فرنسا حتى يعامل معاملة حسنة غير مطبقة في بلده الأصلي ، هي ضرورة ليست حقيقية أو حالية ، طالما أن هذه المعاملة تمثل طابعاً تجريبياً ومن الممكن أن تتوافر له هذه المعاملة في بلد آخر يختاره (٣)

وفي قضية قطاع طرق جزيرة كورسيكا حيث أدين مالك الأرض لأنه أوى هؤلاء الأشرار رغم ما مورس عليه من تهديدات (٤)

وكذا القرار التعسفي والذي اتخذته أحد البنوك حيث قامت بسحب دعمها المالي والذي كانت قدمته لإحدى الشركات (٥)

هذا وقد قضت محكمة النقض الفرنسية برفض الطعن المقدم من أحد الرعايا الروس في واقعة ملخصها (انه كانت قد وجهت إليه تهمة خرق أحد الأحكام

(١) نقض ١٩٧٤/٢/١١ ، أحكام النقض ن س ٢٥ ، رقم ٢٨ ، ص ١١٩ .

(2) Cass Crim 8 avril 1936, D. P, 1936, 1,44, note Donnedieu de Vabres

(3) Cass. Crim 3 mai 1990 Slama, inédit

مشار إليه في Pelletier (H) et perfetti (j) , code pénalé, titec, 2 . éd, 2000, art 122 - 2 , P. 52

(4) Cáss. Crim 28 décembre 1900, D. 1901, 1,81, note G. le poittevin; néanmoins, dans

(5) un sens plus compréhensif, crim. 26 Février 1959, D. 1959, 301

Cass. Crim, 24 juin 1992, B. no. 253.

الصادرة بطرده ، وفى دفاعه قرر انه طرد من كافة البلاد المجاورة لفرنسا ، فحكمت محكمة باريس بحبسه شهرين دون أن تأخذ بدفاعه وفى طعنه أمام محكمة النقض أخذ على الحكم انه رفض اعتبار الاستحالة المادية لتنفيذ الحكم من قبيل القوة القاهرة ، فرفضت الدائرة الجنائية طعنه مدعية بأن دفاعه كما هو عليه لا يبرر قيام الاستحالة المطلقة لترك الأراضى الفرنسية ، فلا يكفى أن يكون قد ذهب إلى البلاد المجاورة بل يجب أن يثبت المتهم انه لم يترك دولة فى العالم وأقام بها ثم طرد منها (١) .

٤٢. الاستحالة المطلقة كضابط للقوة المحققة للإكراه المادى :

ومن جماع ما تقدم نجد أن القضاء المصرى والفرنسى يتطلب فى القوة المحققة للإكراه المادى الاستحالة المطلقة ، وهنا نتساءل ما هو المعيار الواجب الأخذ به فى تحديد هذه الاستحالة المطلقة ؟ هل هو معيار موضوعى ؟ أم معيار شخصى يتناسب مع إمكانيات المكره ؟

الثابت من الإطلاع على الأحكام القضائية (المنوه عنها سلفاً) تجد أن معيار الرجل العادى هو المعيار المعتمد عليه وليس بالمقارنة بشخص المكره وعليه لا تعتبر مسألة صعوبة عدم الامتثال للقانون سبباً فى عدم العقاب (٢) .

وهذا المعيار يقتضى أن يقاس موقف الشخص المكره بموقف الشخص العادى لو وضع فى نفس ظروف المكره فماذا سيكون تصرفه ، هل هو نفس تصرف المكره (ارتكاب الجرم) أم انه كان سيسلك طريقاً آخر ؟ وعليه يتم تحديد موقف المكره.

ونحن من جانبنا نرى الأخذ بالمعيار الشخصى نظراً لأن الظروف الشخصية وكذا المحيطة بكل فرد وإمكاناته البدنية والعقلية تختلف من شخص لآخر فمن الأشخاص ما لا تؤثر عليه قوة وتجعله يسلك سبيل الجريمة بخلاف آخر - وفقاً لظروفه تجعله يسلك سبيل الجريمة ولذا يدخل الأمر برمته فى سلطة محكمة الموضوع التى يتعين عليها أن تفحص كل حالة على حدة فى ضوء الوقائع التى

(1) Cass. Crim, 8 Fevrier 1936, D. P. 1 , 44.

(2) Salvage, op. cit . No. 88, p. 46.

ارتكب فيها الجرم وترى ما إذا كان تصرف الشخص في هذا الموقف هو التصرف الطبيعي أم لا ويجب أن يكون بيانها في هذا الشأن واضحاً وتحت رقابة قضاء النقض.

٤٣. موقف الشريعة من هذا الشرط :

يشترط في الشريعة الإسلامية خوف المكرة - بفتح الراء - من إيقاع ما هدد به المكره - بكسر الراء - في الحال بغلبة الظن - أي بأن ظن انه يوقعه. وأن المكرة - أصبح عاجزاً كل العجز عن الخلاص عن ذلك بالهرب أو الاستغاثة أو بالمقاومة وذلك لأن معيار الإكراه هو حدوث الخوف في نفس المكرة فإذا لم يغلب على ظن المكرة وقوع ما هدد به لا يكون مكرهاً لأن الخوف الذي يعتبر معيار للإكراه قد تلاشى^(١)

ويشترط أن يكون المجرر مقتراً على إيقاع تهديده ، وبناء على ذلك لا يعتبر من لم يكن مقتراً على إيقاع تهديده وتنفيذه (كما) يشترط خوف المكره من المكره به ، بمعنى يشترط حصول ظن غالب للمكره بإجراء المجرر إن لم يفعل المكره عليه فيشترط في صحة الإكراه خوف المكره من المكره به عاجلاً أو آجلاً ويحصل ظن غالب للمكره بإجراء المجرر المكره به إن لم يفعل ما أكره عليه ليصير به محمولا على ما دعى إليه من الفعل والمباشرة^(٢)

(١) وقد جاء القانون المدني المصري متفق مع الفقه الإسلامي في انه لا بد من وقوع الخوف في نفس المكره. أو غلبة الظن وهذا ما صرح به الفقرة الثانية من المادة - ١٢٧ مدنى - فلا يكون الخطر مهدداً إلا إذا خاف المكره من إيقاع ما هدد به المكره. أما إذا تمكن المكره من التخلص بالاستغاثة أو المقاومة أو الهرب فلا يعتبر الخطر محدقاً ومهدداً. وأيضاً المادة - ٦١ ع نصت على ذلك - إذا اشتطرت في الخطر الذي يهدد به المكره ألا يكون في قدرته منعه بطريقة الخطر الذي يهدد به أن يحدث خوفاً ... د / محمد أحمد مكين ، مقال سابق ، ص ١٩٨.

- راجع ماهية الإكراه - الباب التمهيدى - بالرسالة.

(٢) البناية في شرح الهداية ، مرجع سابق ، ص ٤٥ - د / محمد السعيد عبد الفتاح ، مرجع سابق ، ص ٩١.

وهكذا يتبين لنا أن المعيار الذي أخذت به الشريعة الإسلامية هو معيار شخصي منصب على انعدام الرضا وهو لا يكون إلا حيث يكون الخوف من المهدد به فما يكون إكراها في حق شخص لا يكون إكراها في حق آخر فمن يضرب بسوط أو يحبس يوم أو قيد يوم لا يبالى بالنظر إلى العادة فلا يتحقق الإكراه.

أما إذا كان الرجل صاحب منصب يعلم أنه يستضر به لفوات الرضا يعد الفعل إكراهاً^(١)

فالشريعة الإسلامية لا تأخذ بالاستحالة المطلقة التي استلزمها التشريع الوضعي وإنما أخذت بمعيار المشاعر الاعتيادية لأن التقدير لا يكون إلا بحدود الإمكانيات البشرية مع مقارنة الضرر ، وهذا لا يعنى إلا دراسة الواقعة من الزاويتين الشخصية والموضوعية^(٢)

ونحن نتفق مع بعض الفقه فيما ذهب إليه من أنه من الأفضل أن يستبدل اصطلاح الاستحالة المطلقة باصطلاح الاستحالة النسبية حتى يجيئ التفسير متمشياً مع الظروف الشخصية للفاعل.

(١) نتائج الأفكار في كشف الرموز والأسرار ، مرجع سابق ، ص ٢٣٥.

(٢) د / ذنون الرجبو ، مرجع سابق ، ص ٥٣.

- وقال صدر الشريعة " أن الأشراف يقتمون بكلام فيه خشون فمثل هذا يكون إكراها لهم وقال اليايرتى " إلا إذا كان المكره صاحب منصب أى عز ومرتبة فإن الشرفاء والأجلاء من العلماء والكبراء يستكفون عن ضرب سوط واحد وحبس يوم واحد أكثر مما يستكف غيرهم من ضرب سياط وحبس أيام ولهذا قال محمد رحمه الله ليس في ذلك تقدير لازم بل ذلك على حسب ما يرى الحاكم من حال من ابتلى به ... تكملة فتح القدير ، ج ٩ ، ص ٢٣٥.

المطلب الثانى

أن تكون القوة غير متوقعة لا دخل لإرادة الفاعل فيها

٤٤ مفهوم هذا الشرط :

الشرط الثانى اللازم لتحقيق الإكراه المادى أن تكون القوة المكرهة خارجة عن إرادة الفاعل ، أى لا دخل لإرادته فى إيجادها ولا يتحقق هذا الشرط إلا إذا كانت تلك القوة غير معروفة له ولا متوقعة منه لأن المكره إذا وقع تحت تأثير قوة مكرهة كان يعلم بها أو يتوقعها فإن إرادته يكون لها دور فى إيجادها فيها على نحو تجعله مخطئاً^(١)

فى حين يذهب البعض إلى القول بأن الشرط الوحيد لتحقيق الإكراه المادى هو وجود قوة غير قابلة للرد أى من المستحيل مقاومتها وهذا هو الشرط الوحيد للإكراه المادى بمعناه الواسع^(٢)

والذى نراه أن استحالة مقاومة القوة لا تكفى لتحقيق الإكراه المادى متى كان فى إمكان الشخص أن يتوقع خضوعه لهذه القوة وأن يتجنب هذا الخضوع إذ فى هذه الحالة يكون لإرادته دخل ومن ثم لا تنتفى حالة الإكراه المادى وإنما لابد من توافر الشرطين معاً وجود قوة غير قابلة للرد وأن تكون هذه القوة غير متوقعة لتحقيق الإكراه المادى.

ومن الأمثلة التى توضح هذا الشرط هو من يعلم أن جواده يصاب بحالة هياج وجموح عند سماع أصوات غير مألوفة مما يجعل من الصعب قيادته فى طريق مزدحم بالسيارات بالرغم من ذلك يمتطى الجواد فى طريق عام مزدحم فيجمع الجواد ويصيب المارة فهنا لا يتوافر فى حقه عدم إمكان توقع الخطر ويسأل عن الفعل الذى وقع منه^(٣) .

(١) د / محمد ذكى أبى عامر ، مرجع سابق ، ص ١٦٧ .

(٢) د / عمر السعيد رمضان ، مرجع سابق ، ص ٢٩٦ .

(٣) د / محمود نجيب حسنى ، مرجع سابق ، ص ٥٦١ .

ومن يعلم أنه مصاب بنوبات مفاجئة من الصرع ويقود سيارة فيصاب بإحدى هذه النوبات فيقع حادث يترتب عليه وفاة شخص أو أكثر ، يسأل عن الجريمة لأن الإكراه كان متوقعا^(١)

والسيدة المتزوجة التي تعلم بمطاردة أحد الأشخاص لها من خلال سلوكه معها وتتوقع أن يكمن لها في مكان ما فتقوم هي بالتردد على هذا المكان مما يجعله يتمكن منها ويوقع بها عنوة ، فهنا لا تعد مكرهة وتقوم في حقها جريمة الزنا^(٢)

٤٥- موقف القضاء من هذا الشرط :

يذهب القضاء المصري بضرورة توافر هذا الشرط لتحقيق الإكراه المادى أو القوة القاهرة حيث استقر قضاء النقض على أن " يشترط لتوافر حالة الحادث القهرى ألا يكون للجانى يد فى حصول الضرر أو فى قدرته منعه ... " ^(٣)

فالمقصود من عبارة لا يد للجانى فيه هو عدم التوقع لأن الجانى إذا وقع تحت تأثير قوة متوقعة أو كانت له يد فيها فهنا تصبح لإرادته دور ومن ثم تنتفى حالة الإكراه.

وفى حكم آخر قرر قضاء النقض " أن المتهم كان يقود السيارة بسرعة زائدة وأنه كان يعلم من قبل بحقيقة حالة فرملة القدم بها وأن الخلل يطرأ عليها بغتة من وقت لآخر فلا تستجيب له فى الوقت المناسب عند العمل على وقف السيارة ولكنه على الرغم من علمه بهذه الظروف أقدم على قيادتها والسير بها فإنه يكون مسئولا عما ينجم عنها نتيجة الخطأ ولا يقبل منه الدفع بتوافر الحادث القهرى^(٤)

فالواضح من هذا القضاء أن المتهم طالما كان بإمكانه توقع حدوث ما حصل ، ولم يتوقعه ، فلا يقبل منه الدفع بتوافر القوة القاهرة.

(١) د / فوزية عبد الستار ، مرجع سابق ، ص ٥٤٣.

(٢) د / محمد السعيد عبد الفتاح ، مرجع سابق ، ص ٩٦.

(٣) نقض ١٩٧٧/٢/٣ ، مجموعة أحكام النقض ، س ٢٨ ، رقم ٥٣ ، ص ٢٣٧ - نقض ١٩٧٧/٣/٣

١٩٧٨ ، س ٢٩ ، رقم ٦٠ ، ص ٣٢٢ - نقض ١٩٩٣/٤/١٢ ، س ٤٤ ، رقم ٥٠ ، ص

٣٦٨ - نقض ١٩٩٦/٦/٢ ، س ٤٧ ، رقم ١٠٠ ، ص ٧٠٣.

(٤) نقض ١٩٩٦/٢/٢٦ ، أحكام النقض ، س ٨ ، ص ١٧٦ - نقض ١٩٨٨/١٢/١ ، س ٣٩ ، رقم

١٨٧ ، ص ١٢١٣ - نقض ١٩٩٨/١٠/١٨ ، س ٤٩ ، رقم ١٥٠ ، ص ١١٠٨.

٤٦ معيار إمكانية التوقع :

نحن من جانبنا نؤيد المعيار الشخصي لأن عدم القدرة على دفع القوة عملية نسبية تختلف من شخص لآخر وكذا معيار التوقع النسبي يختلف من شخص لآخر فيجب مراعاة ظروف الشخص وإمكانياته المتوافرة لديه لتحديد ما إذا كان في استطاعته التوقع من عدمه ويترك هذا التقدير لقاضى الموضوع.

واشترط عدم التوقع يواجه كثيراً من النقد في فرنسا لأنه يحاسب الفاعل عن جريمة عمدية بناء على خطأ غير عمدى (مثل قضية البحارة ، وكذا خيانة الأمانة)^(١)

وهذا أمر لا يمكن قبوله لأن الشخص قد يتوقع الخطر ويعلم به ولكنه لا يكون فى إمكانه تجنبه ومن ثم يخضع للإكراه رغم التوقع وعليه يتم التمييز بين فرضيين فلو حدث خرق للقانون على أثر إهمال لا يمكن مقاومته تتم المحاسبة باعتبار الواقعة إهمالاً وليس عمداً أما إذا كان خرق القانون غير مقصود كالقتل أو الجرح ، فالعقاب هنا يكون مبرراً ليس لأن الإكراه لا يكون مقبولاً ولكن لوجود خطأ سابق لحدوث الحدث الذى لا يمكن مقاومته فربما يكون قريباً جداً بالنسبة للفاعل وكان يتعين عليه توقعه^(٢)

والخلاصة أن الحادث غير المتوقع فى الإكراه المادى هو أن تكون القوة نتيجة حادث مستقل عن الإرادة البشرية وأن هذه الإرادة لا تملك شيئاً لا فى التوقع ولا فى رد القوة^(٣)

فى حين يذهب القضاء الفرنسى إلى القول بأنه إذا كان الجانى قد ارتكب خطأ سابقاً على العمل المرتكب لا يجوز له المطالبة بمسألة عدم إسناد التهمة إليه^(٤)

ففى قضية البحار الهارب الشهير نجد أن هذا البحار قد سكر ولذلك لم

(١) سبق الإشارة إليها (crim, 13, juillet) , (Crim 29 Janvier 1921)
1951, B., n. 213)

(2) Desportes et le Gunehec, Op. Cit. No.667, P. 581.

(٣) د / ذنون الرجيو ، مرجع سابق ، ص ١٨١ .

(4) Canin. Op. Cit. P. 81

يستطع العودة إلى السفينة في الموعد المحدد وذلك لأنه وضع في حجرة خاصة بهدف التخلص من آثار السكر فدفع بالقوة القاهرة التي حالت دون التحاقه بالسفينة إلا أن القضاء رفض دفعه وقال : انه كان بمقدوره أن يتوقع ما حصل له إذ يكفي في الحكم أن تجئ الظروف مثبتة لمبادئ المسؤولية المترتبة على عاتق الفاعل^(١)

وكذا الإنسان المطلوب القبض عليه لاتهامه بخيانة الأمانة حتى لو كانت الأشياء المؤمن عليها قد اختفت نتيجة لسرقة نتجت عن خطأ في المراقبة الجيدة^(٢)

والسائق الذي يضطر إلى الذهاب مسافات بعيدة دون أن يتناول أى كمية من الطعام لفترات طويلة فيفقد توازنه ويصطدم بأى شئ ويقع الحادث ونفس الشئ بالنسبة للسيدة التي تقود وتعانى من الضغط الشديد.^(٣)

وفى كل هذه الحالات كان بمقدور الجانى أن يتوقع ما حصل له وانه لم يتوقعه فلا يقبل منه الدفع بتوافر حالة الإكراه.

(1) Cass. Crim, 29 Janvier 1921, S , 1922 . 1, 185, note Roux

(2) Cass. Crim., 13 Juillet 1951, B., n. 213

وقد عيّنت محكمة النقض باستجلاء هذا الشرط وبناء عليه فالطبيب الذى تأخر فى التوجه الى المستشفى لإجراء عملية جراحية عاجلة مما أدى إلى وفاة المريض لا يجوز الترفع بالإكراه بسبب القبض عليه لاعتدائه على أحد المارة.

Cass. Crim 24 avrill 1973, D.

H 1937. 429

(2) Cass. Crim, 12 Févr. 1976, B. C. n. 27

الفصل الثالث الإكراه المعنوى

٤٧ تمهيد وتقسيم :

سبق وأن بينا أن الإكراه المادى هو الصورة المثلّية لغياب الإرادة لدى المكره وبالتالي انعدام الفعل فيندم الإنسان المادى للفاعل .
بينما فى الإكراه المعنوى فإن النشاط المادى للفعل قائم وكل ما هناك هو مجرد الإرادة من حرّيتها فى الاختيار بسبب عيب شاب تكوينها نتيجة ظروف شاذة لا تسمح طبقاً للمعايير المستمدة من الخبرة الإنسانية العامة بتكوين إرادة سليمة ففى مثل هذه الظروف لم يكن فى مقدور الفاعل أن يتصرف على نحو يتفق مع مقتضى الأمر أو النهى القانونى ، فلا يطالبه القانون بالامتثال له ولا يلومه بالتالى على مخالفته^(١)

وتبرير ذلك انه لا يمكن أن يتطلب المشرع فى مثل تلك الظروف أن يمتثل الشخص لأوامره ونواهيه نظراً لأن إرادته المتحققة فى السلوك لم تتحدد وتتكون وفقاً لبواعثها الخاصة وإنما نتيجة الظروف الأخرى المحيطة بها^(٢) وقد نص قانون العقوبات على أسباب لامتناع المسؤولية هى الغيبوبة الناشئة عن السكر غير الاختيارى ، والإكراه وحالة الضرورة والجنون وصغر السن .
وعلى هذا سنقسم الدراسة فى هذا الفصل الى مبحثين :
المبحث الأول : ماهية الإكراه المعنوى وحالة الضرورة .
المبحث الثانى : شروط الإكراه المعنوى وحالة الضرورة .

(١) د / عمر السعيد رمضان ، مرجع سابق ، ص ٢٨٨ .

هذا وقد سبق وأن أشرنا إلى أن فكرة الإكراه المعنوى تتراوح بين نظريتين الأولى : تصور الأثم على انه حقيقة نفسية وهى النظرية النفسية وقد أرجعنا نشأتها إلى أرسطو وبمقتضاها لا يتطلب قيام الركن المعنوى للجريمة سوى تحقيق القصد الجنائى أو الخطأ .

والثانية : وهى النظرية المعيارية وفقاً لأفكار المدرسة الوضعية وبمقتضاها أصبح الأثم قائماً على تقدير مسلك الفاعل منطور إليه من خلال صلته بالقاعدة القانونية التى يتضمنها نص التجريم ... راجع الفصل الثانى من الرسالة الإكراه والمدارس الجنائية الكبرى .

(٢) د / مأمون محمد سلامة ، مرجع سابق ، ص ٣٦٥ .

المبحث الأول ماهية الإكراه المعنوى

٤٨- تمهيد وتقسيم :

ستقسم الدراسة فى هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب ، ندرس فى الأول تعريف الإكراه المعنوى، وفى الثانى حالة الضرورة ، وفى الثالث أوجه الشبه والاختلاف بين الإكراه المعنوى وحالة الضرورة .

المطلب الأول تعريف الإكراه المعنوى

٤٩- فى مصر :

تتفاوت تعريفات الفقهاء للإكراه المعنوى تبعاً لاختلاف القوة المؤدية إليه ، وما إذا كانت قوة نسبية أم مطلقة وذلك على اتجاهين .

الاتجاه الأول :

يعرف الإكراه المعنوى بأنه عبارة عن ضغط على الإرادة يدفعها على ارتكاب الجريمة ويتحقق بتهديد الفاعل بخطر جسيم لا سبيل إلى دفعه بوسيلة أخرى ، فيقدم على ارتكاب جريمته ليدفع عن نفسه خطر هذا الضغط أو التهديد ، والإكراه المعنوى بخلاف المادى لا يعنى إرادة المكره وإنما يجردها من حرمتها فى الاختيار^(١)

الاتجاه الثانى :

يعرف بأنه القوة التى تمارس على نفس الشخص فتعطل إرادته على النحو

(١) د / محمود نجيب حسنى ، القسم العام ، مرجع سابق ، د / على راشد ، د / يسرى أنور ، مرجع سابق ، ص ٣٥٧ ، ص ٥٦٢ ، د / محمد على السالم عباد الحلبى ، مرجع سابق ، ص ٣٩٤ - والنظر فى هذا الاتجاه .

الذى يفعله الإكراه المادى ، ومع ذلك فبينما يرد الإكراه المادى على جسم المكره مباشرة ، فإن الإكراه المعنوى يرد على نفسية الفاعل فيعدم اختياره ^(١)

ونحن من جانبنا نؤيد الاتجاه الأول فى كون الإكراه المعنوى لا يعدم الإرادة بل انه ينال من حرية الاختيار فالشخص يريد الجريمة وإنما بدون أن تكون ثمرة لحرية الاختيار ، فالمكره معنويا أراد الجريمة مقهوراً ولكنه على كل حال أرادها (Coactus voluit sed voluit) وأما المقهر مادياً فلم تترك له أصلاً فرصة استخدام ملكة الإرادة ، وسخر جسمه مثلما تسخر أية أداة من الجماد (non agitsed agitur).

فمثلاً عندما يجبر الشخص تحت تهديد السلاح على ضرب آخر فهذا إكراه معنوى ، أما لو أمسكه بئراعه رغماً عنه ليسدى الضربة فهذا إكراه مادى. فالإكراه النفسى بطبيعته يكون تأثيره أقل عمقاً على شخص المكره والذى يمكن أن يقاوم.

٥٠ صور الإكراه المعنوى :

انقسم الفقه فى هذا الصدد إلى اتجاهين :

الاتجاه الأول : يذهب إلى أن للإكراه صورتين إحداها تفترض استعمال العنف للتأثير على الإرادة مثال ذلك حبس شخص أو ضربه وتهديده باستمرار ذلك حتى يقبل ارتكاب الجريمة ، ويلحق بها كل الوسائل المادية التى تؤثر على الإرادة دون أن تعدها ، كإعطاء شخص مادة مخدرة أو مسكرة على نحو لا يفقد الوعى ولكنه يقلل منه.

والأخرى فتتجرد من العنف ويقتصر الإكراه على مجرد التهديد ، مثال ذلك تهديد شخص بالقتل إن لم يزور محرراً أو تهديد أم باختطاف ابنها إن لم ترتكب الزنا.

(١) د / ذنون الرجيو ، مرجع سابق ، ص ١٧ وانظر فى هذا الاتجاه اميل افندى إبرام ، مرجع سابق ، ص ١٩٤.

Salvage. (P) , op. cit, No. 89, P. 47 حيث يعرفه بأنه القوة الطبيعية التى تؤدى مباشرة إلى شلل الإرادة والقضاء على حرية الاختيار.

والصورة الأولى وإن كانت تقترب من الإكراه المادى إلا أنها تفترق عنها
فى أن العنف لا يبلغ حد السيطرة على أعضاء الجسم وإنما يقتصر على مجرد
التأثير على الإرادة بأشعارها بالإيلام المنتظر (١).

الاتجاه الثانى : يذهب إلى قسر الوسيلة المستخدمة قبل المكره والتي ينسبها إلى
اختيار الجريمة تحت تأثير الخوف من خطر أو ضرر جسيم وشيك الوقوع ويتخذ
عادة صورة التهديد بالقتل أو بالإيذاء الشديد وفى هذه الخصوصية يختلف الإكراه
المعنوى عن الإكراه المادى فى كون الإكراه المعنوى لا يستطيل إلى جسم المجنى
عليه بضرب أو نحوه وإنما يتجه الى نفسه فى سبيل حملها على اختيار الجريمة
قسراً.

فمن يهدد آخر بقتله أو قتل ولده أو زوجته ويصوب بالفعل مسدسه نحوه
ليجعله يرتكب تزويراً أو يسلم أمانة كان يحتفظ بها لإنسان آخر أو فى سبيل حمل
إمرأة على قبول موافقته لها إنما يتوجه بتهديده إلى نفسية ضحيته فى سبيل حملها
دوراً لهذا الخطر الجسيم الحال الى اختيار ارتكاب الجريمة (٢)

ونحن من جانبنا نساير الاتجاه الأول فى كون الإكراه المعنوى قد يتخذ
إحدى صورتين لأن من صدر منه الإكراه قد لا يقتصر على مجرد التهديد بالأذى
وإنما يجاوز ذلك إلى البدء فعلاً فى تنفيذ تهديده بحبس المكره أو ضربه مع إنذاره
بالاستمرار فى ذلك أن لم يستجب لما طلب منه ورغماً عن هذا فإن الإرادة لم تصل
إلى حد الإنعدام بحيث تكون أداة مسخرة فى ارتكاب الجريمة ولا نستطيع فى هذه

(١) د / محمود نجيب حسنى ، مرجع سابق ، بند ٦١ ، ص ٥٦٢ - وانظر فى هذا الاتجاه د /
عمر السعيد رمضان ، مرجع سابق ، ص ٢٩٨ ، د / فوزية عبد الستار ، مرجع سابق ، بند
٤٩٥ - محمد على السالم عياد الحلبى ، مرجع سابق ، ص ٣٩٤.

(٢) د / محمد زكى أبو عامر ، مرجع سابق ، بند ٧٣ ، ص ١٦٨ ، وانظر فى هذا الاتجاه د /
رمسيس بهنام ، مرجع سابق ، ص ٤٠٨ - د / مأمون محمد سلامة ، مرجع سابق ، ص ٣٦٥ ،
د / على راشد ، المدخل وأصول النظرية العامة ، مرجع سابق ، ص ٣٤٥.

الحالة أن نقول بتوافر الإكراه المادى وإنما نكون بصدد حالة إكراه معنوى^(١) .

وهذا ما أستقر عليه قضاء النقض " لما كان مفاد نص المادة - ٣٢٥ من قانون العقوبات أن ركن الإكراه فى جريمة اغتصاب سند بالقوة كما يكون مادياً باستعمال القوة والعنف يكون أدبياً بطريق التهديد.

ويعد إكراهاً أدبياً كل ضغط على إرادة المجنى عليه يعطل من حرية الاختيار لديه ويرغمه على تسليم السند أو التوقيع عليه وفقاً لما يتهدهه وهذا التهديد يجب أن يكون على درجة من الشدة تسوغ اعتباره قرين القوة بالمقارنة لها مما يبرر صراحة العقوبة التى يفرضها القانون على حد سواء^(٢)

وفى حكم آخر " جريمة هتك العرض لا يشترط قانوناً لتوافرها أن يترك الإكراه أثراً فى جسم المجنى عليها كفاية ارتكاب الفعل ضد إرادة المجنى عليها وبغير رضاها لتوافر ركن القوة^(٣)

وفى حكم أخير " أن ركن القوة فى جنائية المواقع يتوافر كلما كان الفعل المكون لها قد وقع بغير رضا المجنى عليها ... وللمحكمة أن تستخلص من الوقائع التى شملها التحقيق ومن أقوال الشهود حصول الإكراه ومتى اثبت الحكم أخذاً بأقوال

(١) ويذهب البعض إلى القول بأن الإكراه المعنوى قاصر على القول لا الفعل فهو كثير الوقوع ولكنه صعب التحقيق لالتباس سبله وسهولة الإنكار فيه.

وهذا الإكراه إما أن ينشأ عن تهديد بشر وأذى فيما لو رفض المكره ارتكاب الجريمة وأما أن ينشأ عن أمر شخص له على المكره سلطة وأمره مطاعة وقد انكر بعض أهل الأقلام أن يكون الإكراه المعنوى سبباً لسقوط العقوبة وحجتهم أن الوعيد اللسانى بالأذى خلواً من القوة التى لا تغلب لا يصح أن يكون عذاراً للمجرم الذى لم يمسه القهر والإلزام ولم يقع فى أذنه إلا كلام فى كلام.

فإذا جنى فقد جنى على نوع من الإرادة والاختيار وكان ندلاً لأنه لم يؤثر الموت على عدم الوفاء بواجبه ألا وهو حرمة حقوق الناس ... راجع أمين أفندى إیرام البستانی ، مرجع سابق ، ص ١٩٤.

(٢) نقض ١٩٩٣/٧/٤ ، أحكام النقض ، س ٢٤ ، رقم ١٠١ ، ص ٦٥٥ - نقض ١٩٩٦/٥/٢١ ، س ٤٧ ، رقم ٩٥ ، ص ٦٦٧.

(٣) ١٩٨٠/٢/١٤ ، أحكام النقض ، س ٣١ ، رقم ٤٥ ، ص ٢٢١ - نقض ١٩٩١/١/٢٠ ، س ٤٢ ، رقم ١٥ ، ص ١١٨.

المجنى عليها والتي اطمأنت لها أنها لم تقبل الواقعة الطاعن لها إلا تحت تهديد بعدم
تمكينها من مغادرة المسكن إلا بعد أن يقوم بمواقعتها.

فإن هذا الذى أورده الحكم كاف لإثبات توافر جريمة الواقعة الأنثى بغير
رضاها بأركانها بما فيها القوة.

مما سبق يتبين من أن الإكراه المعنوى قد يتخذ أحد صورتين إما باستعمال
وسائل مادية لا تصل إلى حد إعدام الإرادة أو باستخدام وسائل التهديد بحيث أن
يكون هذا التهديد على درجة من الشدة تسوغ اعتباره قرين القوة.

٥١- موقف الشريعة الإسلامية من الإكراه :

الإكراه الأدبى عند الحنفية هو الذى يعدم الرضا ولا يعدم الاختيار ويكون
عن طريق التهديد بحبس أحد الفروع وإن نزل كالابن ، وابن الابن أو أحد الأصول
وإن علا كالأب والأم وكذلك الزوجة. وكل ذى رحم محرم كالأخوة والأخوات أو ما
يجرى مجرى ذلك. وكثير من العلماء لم يجعلوا هذا النوع من الإكراه لفقد ركنه ،
وهو إنعدام الرضا - خلافاً لبعض العلماء فإنهم يرون أن هذا النوع ضمن أنواع
الإكراه مع عدم ركنه (١)

ومن العلماء الذين قالوا بهذا النوع الإمام السرخسى - رضى الله عنه - فقد
جعل الإكراه الأدبى إكراهاً شرعياً يرفع بعض التبعات فقد قال : " لو قيل لنحبس
أباك فى السجن أو لتبيعن هذا الرجل عبدك بألف درهم ففعل " ففى القياس البيع
جائز - إذ لا يعد هذا إكراهاً. فإنه لم يهدد المكروه بشئ فى نفسه وحبس ابنه فى
السجن لا يلحق به ضرر و التهديد لا يمنع صحة بيعه وإقراره وهبته وكذلك فى
حقه كل ذى رحم محرم.

وفى الاستحسان ذلك إكراه كله ولا ينفذ شئ من هذه التصرفات لأن حبس
ابنه يلحق به الحزن والغم وما يلحق به حبس نفسه أو أكثر (٢)

ونخلص من ذلك أن مبدأ الإكراه الأدبى مقرر عند الأحناف والمالكية

(١) شمس الدين أحمد بن قوير ، تكملة قدح القدير ، دار احياء التراث العربى ، بيروت ،
المنبعة السابعة ، ١٤٠٦هـ ، ج ٩ ، ص ٢٣٤.

(٢) محمد أبو زهرة ، مرجع سابق ، ص ٥٣١.

وكذلك يمكن استنباط هذا المبدأ من النصوص الواردة في كتب المالكية فقد جاء فيها ما يدل على وجود مبدأ الإكراه المعنوي - حيث جاء في الشرح الصغير .

" والإكراه يكون بخوف مؤلم من قتل أو ضرب أو سجن ولو لم يطل أو قيد ولو لم يطل أو صفح لذي مروءات أو قتل ولده وإن سفل أو بعقوبة إن كان باراً لا بخوف قتل اجنبي وأما قتل الأب فقيل إكراه كالولد وهو الظاهر وقيل لا كالأخ " (١)

٥٢- في فرنسا :

يقسم الفقه الفرنسي الإكراه المعنوي إلى إكراه معنوي خارجي وآخر داخلي...

أولاً : الإكراه المعنوي الخارجي (Contrainte, morale, externe)

يتخذ هذا النوع من الإكراه صور ضغوط ذات طابع خارجي مثل أعمال التهديد أو التحريض أو الإثارة والتي تمارس قبل مرتكب الجريمة نفسه أو ضد أشخاص حميمين له (مثل أفراد العائلة) (٢)

والقضاء يتطلب أن يكون هذا التهديد غير مشروع وملجئ بقدر كاف لتضييق حرية الاختيار فمثلاً الموظف الذي يدلي بمعلومات لعملاء آخرين لتهديده بإخفاء زوجته وأولاده لا يكون متهما بالتجسس وكذا الصراف الذي يفتح الخزينة للسارقين لاحتجاز عائلة رهينة لا يكون متهما.

ويلحظ أن ضحية الإكراه المعنوي يحتفظ دائماً بجزء ضيق من حرية الاختيار ولهذا تثار مسألة القدرة على مقاومة الإكراه التي ترتبط دائماً بمدى خطورة التهديد الواقع عليه (فالجاسوس الذي يتصرف خوفاً من التهديد بالفضيحة حفاظاً على حياته الخاصة يسلم قبله بالإكراه) (٣)

في حين أن الإكراه يصبح مرفوضاً بالنسبة لمالك إحدى الغابات في الطريق

(١) لشمس الدين محمد بن أحمد بن عرفة ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، طبعة القاهرة ، ١٣٧٣هـ ، ج ٣ ، ص ٣٦٨ .

د / محمد أحمد مكين " مقالة سبق الإشارة إليها " ، ص ٢٠٦ .

(2)Canin. op. cit. P. 80., Salvage, op. cit. No. 89. P. 47.

(3)Desportes. et le Gunehec. Op. cit. No. 669. P. 582.

والذى يطلب القبض عليه لأنه يوفر مكان لإخفاء المسروقات الخاصة بالسارقين ولتوفيره ملجأ لقطاع الطرق الذين كانوا يهددونه (١).

وأيضاً لا يجوز لصاحب المنزل الذى قبض عليه العدو فى عام ١٩١٤ التعلل بمسألة الإكراه النفسى حيث انه قبل تحت التهديد بقتل أفراد أسرته (٢).

وكذا لا يقبل التحريض وبخاصة الواقع من الشرطة قبل المتهم بهدف انتزاع الاعتراف منه (٣). ولكن يصح الأخذ بالإكراه للجزائرى الذى استضاف أعضاء الـ FLN الذين كانوا يهددونه بالموت (٤).

ويتبين مما سبق أن القضاء الفرنسى قد وضع تطبيقات محددة لهذا النوع من الإكراه إلا أن المشكلة الأكثر حداثة والمثارة الآن هى مشكلة جماعات التبشير نظراً لتأثيرها الكبير على بعض الأفراد من أصحاب الشخصيات الضعيفة.

فهل يمكن تشبيه قضية التبشير والتى يقوم بها بعض المغالين بالحيل العقلية بحالة الإكراه المعنوى وإلى أى حد ؟

لازالت هذه المشكلة مطروحة ولا يزال مفهوم الاغتصاب العقلى غير محدد ، غير أن هناك لجنة تحقيق برلمانية تم تعيينها مؤخراً خلصت الى بعض النتائج فى يناير عام ١٩٩٦ حيث أنها لم تر من الملائم وضع حالات إدانة وتجريم جديدة لأنه من المهم الحفاظ على حرية كل فرد ولأن التطبيق الصارم للإجراءات القسرية الموجودة يعتبر كافياً.

وفى الثالث عشر من نوفمبر من عام ١٩٩٦ تم تشكيل جهاز مراقبة الغرض منه تعزيز مراقبة أحوال هذه الجماعات وكان لهذا الجهاز هدفان.

(1) Cass. Crim 28 dec. 1900, D P, 1901, 1, 81, note le poitevin.

(2) Crim; 20 avril 1934 : S. 1935, 1, 398.

(3) Cass. Crim ; 28 Oct. 1942 : D, 1943, note Donnedieu de vabres ; 2 Jull 1984 : J. C. P.

1989, 1, 3422. 065. naistre du Chambon.

(4) Cass. Crim 26 nov. 159, D. 1959, 301

أولاً : تحليل قضية تطور الظواهر المتعلقة بالجماعات .

ثانياً : تقديم اقتراحات للحكومة تهدف الى تحسين وسائل مكافحة فى مجال قانون العقوبات وفى عام ١٩٩٨ حلت البعثة الوزارية لمكافحة هذه الجماعات محل هذا الجهاز ^(١) .

ثانياً : الإكراه المعنوى الداخلى (Contrainte Morale interne)

وهو ينجم عن الأهواء والأنفعالات أو المذاهب الفلسفية والمتغيرات الدينية وهو بعكس الإكراه المعنوى الخارجى لا يؤخذ قانونا فى الاعتبار فهو لا يشكل سبباً للإفلات من المسؤولية الجنائية.

على سبيل المثال ، الشخص الذى يرفض علاج ابنه أو العناية به بسبب معتقداته الدينية ^(٢) ، وعليه فإنه ينبغى معاقبة زوجة الضابط الطبيب الذى أرسلته بخطاب مملوء بالشتائم إلى الوزير بسبب تخوفها من مسألة التقاعد المبكر لزوجها حيث أنها كتبت هذا الخطاب تحت تأثير إندفاع لا يقهر ^(٣) .

وكذلك الحال لما حدث فى ولاية كاليدونيا الجديدة لدى اقتراب موعد الاستفتاء الشعبى ، حيث قرر العسكريون الكاليدونيون مقاطعة الاستفتاء وعلنوا حالة من التمرد ، رغم علمهم بأن من شأن ذلك تعرضهم للعقاب ^(٤) .

وقد أخذ على القضاء السابق انه يعاقب العاجزين الذين يضطرون إلى سلوك سبيل الجريمة على الرغم من انهم مدفوعين من قبل قوة أعلى منهم تقهر إرادتهم الضعيفة فالعقاب هنا غير مجد ولن يمنعهم من تكرار الخطأ والعودة إليه لأن مريض الإرادة لا يمتلك إرادة كاملة. ^(٥)

(1) Borricand, op. cit. P. 146.

(2) Canin, op. cit. P. 80; Borricand. , op. cit. P. 146.

(3)- Cass. Crim 17 avril 1908. DP. 1908, 1, 261
Fev. 1960 Bull., n. 96.

مشار إليه Borricand , op. cit. 146

(4) Colmar, 8 dec. 1987 : D. 1988, 131, note koering – joulin.

(5) Jeandider. Wilfrid, droit, pénal général, cujes 2e éd 1991. No. 362. P. 400

٥٣. أوجه الشبه والاختلاف بين الإكراه المادى والإكراه المعنوى :

يرى بعض الفقهاء أن النصوص العربية التى عرفت الإكراه كالمادة ٢٢٧ من قانون العقوبات اللبنانى ، والمادة ٢٤ من قانون العقوبات الكويتى ، ٨٨ ع - أردنى ، ٧٥ ع - الليبى والتى تشترط فى الإكراه المعنوى أن تكون مقاومة القوة المعنوية التى دفعت إلى الجريمة مستحيلة وأن يكون فى غير استطاعة المجنى عليه توقع تعرضه لها.

ولكن هذين الشرطين لا يجوز أن يفهما على ذات النحو الذى فهماه به فى الإكراه المادى بالنظر للاختلاف بين نوعى الإكراه من حيث طبيعة كل منهما ، فالإكراه المادى يعدم الإرادة ولذلك تفهم استحالة المقاومة والتوقع على نحو مطلق أما الإكراه المعنوى فلا يعدم الإرادة ولكن ينفى حريتها واختيارها فحسب ولذلك تفهم استحالة المقاومة والتوقع وفق مدلول اجتماعى - لا وفق مدلول مادى فيكفى أن يكون فى غير الاستطاعة طبقاً للغرائز الإنسانية أو مشاعر التضامن العائلى أو الاجتماعى تحمل الأذى الذى يهدد الإكراه به نظير الامتناع عن السلوك الذى يدفع ذلك الإكراه إليه^(١)

ويذهب رأى فى الفقه الفرنسى إلى أن القوة فى الإكراه المعنوى تؤدى إلى ضغط شديد على إرادة المكره فتتعدم حرية الاختيار لديه بحيث يجد نفسه أمام عدم القدرة المطلقة على التصرف أو المقاومة نتيجة لشل إرادته أو إنعدامها ومن ثم ينعلم الركن المعنوى للجريمة^(٢) فالقرار حينما يتخذ فى النهاية من قبل الفاعل فى حالة الإكراه المعنوى إنما يتم بصورة غير طبيعية لأنه وليد عوامل أجنبية عن اختيار المكره ولذلك فلا يمكن أن ينسب الفعل بدوافعه الأجنبية إلى الفاعل.

ومن ثم فإن الاختلاف بين نوعى الإكراه ينصب على الوسيلة المؤثرة على الإرادة فبينما تكون هذه الوسيلة فى الإكراه المادى مباشرة ، ففي الإكراه المعنوى تكون غير مباشرة . والفاعل حينما يستجيب للقوة بعد مداولة نفسية أسفرت عن

(١) د / محمود نجيب حسنى ، شرح قانون العقوبات اللبنانى ، مرجع سابق ، ص ٥١٠ ، ومن أنصار هذا الاتجاه - د / محمد على السالم عياد الحلبي ، مرجع سابق ، ص ٢٧٨ - د / عبد الوهاب حومد ، مرجع سابق ، ص ٢٧٨.

(2) Salvage - Op. cit. No 5. P. 46, Canin. Op. Cit. P. 80.

انسياقه الى فعله بعد يأس وأسف فذلك يعنى انه استنفذ كل الحلول الممكنة ولم يعد أمامه إلا تصرف واحد وهو فعل الجريمة ومادامت العبرة بسلطان القوة التى حجبت الإرادة عن الفعل فلا أهمية إذن للوسيلة فى القانون الجنائى^(١) .

ويتربى على هذا المفهوم أن الإكراه المعنوى الداخلى والذى يكون قاصراً على التأثير على الميول والعواطف لا يعتد به وبالتالي لا تستبعد المسؤولية الجنائية^(٢) .

فالقوة تتسبب فى فقد السيطرة الإرادية فى الإكراه المعنوى ، مما يؤدي لانعدام السلوك كما هو فى الإكراه المادى مما يجعل الفاعل يواجه قوة لا قبل له على ردها ، فمن حيث النتيجة فلا جدوى من العقاب . ومن ثم لا فارقة بينهما من حيث تأثيرهما على الإرادة .

وهذا السبب الذى يرجع إلى انعدام الإرادة أو تلاشيها يجعل القوتين متماثلتين من حيث الطبيعة القانونية^(٣)
٥٤- موقف القضاء المصرى :

ذهبت محكمة النقض إلى القول بأن " الإكراه المادى هو القوة التى يستعين بها الجانى فى التغلب على مقاومة المجنى عليه ليتسنى له ارتكاب الأفعال الخادشة للعرض . أما التهديد فيقصد به الإكراه المعنوى^(٤) كمن يهدد امرأة بقتل وليدها إذا لم تسمح له بالامساك بقبلها ، أو من يعيث بصدر امرأة وهو ممسكاً بسلاح يهددها به " .

(١) د/ زنون الرجيو ، مرجع سابق ، ص ٨٩ ، ومشار إليه د/ محمد السعيد عبد الفتاح ، مرجع سابق ، ص ٨٩ .

(2) Jeandidier – op – cit. No. 362. P. 400

(٣) د / زنون الرجيو ، مرجع سابق ، ص ٩٣ .

(٤) نقص ١٩٣٦/١١/٢٣ ، مجموعة القواعد القانونية ، ج ٤ ، رقم ١٦ ، ص ١٨ ، وقضى تطبيقاً لذلك بأنه " من المقرر أن ركن القوة أو التهديد فى جريمة هناك العرض وركن الإكراه يتحقق فى جريمة اغتصاب السندات والشروع فيها بالتهديد – يتحقق بكافة صور انعدام الرضا لدى المجنى عليه ، فهو يتم بكل وسيلة قهرية تقع على الأشخاص بقصد تعطيل قوة المقاومة أو إعدامها عندهم تسهيلاً لارتكاب الجريمة . نقص ١٩٦٣/٦/٢١ ، احكام النقض ، س ١٤ ، رقم ١١٧ ، ص ٦٣٩ – نقص ١٩٨٩/٢/٢ ، س ٤٠ ، رقم ٣٢ ، ص ١٨٥

وفى حكم آخر " إن عدم الرضا المنصوص عليه بالمادة " ٢٣٠ ع كما يتحقق بوقوع الإكراه المادى على المجنى عليها فإنه يتحقق كذلك بكل مؤثر يقع على المجنى عليها من شأنه أن يحرمها حرية الاختيار فى الرضا وعدمه سواء أكلن هذا المؤثر آتياً من قبل الجانى كالتهديد والسكر والتتويم المغناطيسى وما أشبه لم كان ناشئاً عن حالة قائمة بالمجنى عليها كحالة النوم والإغماء وما أشبه (١)

وهذا هو أيضاً رأى القضاء الفرنسى حيث استقر فى بعض أحكامه من ضرورة تماثل القوتين المادية والمعنوية من حيث الأثر القانونى على إعدام حرية الاختيار متى بلغت القوة حداً من الجساماة وعاصرت هذه القوة زمن قيام الفعل (٢)

ونحن من جانبنا نؤيد ما انتهى إليه الفقه المصرى من حيث أن الإكراه المادى يؤدى الى تلاشى الإرادة كلية وبعدمها بحيث يصبح الفاعل كأداة فلا محل لحرية الاختيار لديه بينما فى حالة الإكراه المعنوى لا تتعدم الإرادة كلية بل هى باقية ولكن تضيق حرية الاختيار ويستطيع المكره الموازنة بين - الفعل أو الامتناع - المكره عليه وبين تحمل الضرر وفقاً لمقدرته الشخصية.

(١) نقض ١٩٢٨/١١/٢٢ ، مجموعة القواعد القانونية ، جـ ١ ، رقم ١٦ ، ص ٢٢ - نقض ١٩٥١/ ١٠٧٩ .

(2) Cass. Crim 15 june. P. 965. No. crim 12 dec. 1905, 1906. P. 443

Cass. Crim 29 avril 1960 gaz, pal . 1960 . 2 . 15 .

وقضى أيضاً بتوافر الإكراه المعنوى حينما هدد رجل بوليس امرأة بوضعها فى السجن إذا لم تسمح له بمواقعتها وقد تم له ما أراد .

Cass. Crim . 19 avril 1960 . Préc .

أو التهديد بترك ابنه المجنى عليها حديثة الولادة فى مكان خال

Cass. Crim . 13 Janv 1968 , Bull. No. 32 .

المطلب الثاني حالة الضرورة

٥٥. المعنى اللغوي للضرورة :

الضرورة اسم للاضطراب الذي هو الإلجاء بالقوة والقهر ^(١) فالاضطرار إلى الشيء ، الإلجاء إليه وهذا الإلجاء عام يشمل ما إذا كان الملجئ إنسان أو غيره أي أن الضرورة تقوم بغض النظر عن المصدر الذي نشأت عنه " لأن الاضطراب إلى الشيء هو الإلجاء إليه ، وهذا الإلجاء عام يشمل ما إذا كان الملجئ إنساناً أو غيره " ^(٢) فالضرورة تطلق على ما أكره عليه وعلى ما تدعو الحاجة إليه دعاء قويا ... وعلى ما سلب فيه الاختيار على الفعل والترك كحركة المرتعش فهي مشتقة من الضرر وهو النازل مما لا مدافع له ^(٣)

٥٦. المعنى الفقهي للضرورة :

تعددت تعريفات الفقهاء لحالة الضرورة فبينها بعضهم بصورة عامة وحدد آخرون حالاتها.

ومن أنصار الاتجاه الأول من يعرف حالة الضرورة بأنها مجموعة من الظروف تهدد شخصا بالخطر ، وتوحي إليه بطريقة الخلاص منه بارتكاب فعل إجرامي معين ^(٤)

(١) وقوله تعالى " فمن اضطر غير باغ ولا عاد " ... سورة البقرة الآية (١٧٣) - أي فمن الجئ إلى أكل الميتة وما حرم وضيق عليه الأمر بالجوع - فالضرورة اسم لمصدر لمصدر الاضطراب فنقول حملتى الضرورة على كذا وكذا وقد اضطر فلان إلى كذا وكذا ، وأصله من الضرر ...

ابن منظور ، مرجع سابق ، باب الرءاء فصل الصاد ، جـ ١٩ ، ص ٨٣٤

(٢) محمد زكريا البرديسي ، مقال سابق ، ص ٢

(٣) د / يوسف قاسم ، مرجع سابق ، ص ٧٦.

(٤) وحالة الضرورة قديمة قدم القانون الجزائي ، فقد اعترف بها القانون الروماني واستند في تعليلها إلى انتفاء القصد Dauls ، واعترف بها القانون الجرمانى وعللها بزوال سلطان القانون حيث تتوافر ظروف الضرورة وقد لخصت هذا الحكم - قاعدة (الضرورة لا تعرف بقانون) Not kennt kein gebot وقد انتقلت هذه القاعدة بعد ذلك إلى فرنسا حيث عبر عنها بالقول (الضرورة لا يحكمها قانون) Necessité à pas loi وقد اعترف فقهاء العصور الوسطى بحالة الضرورة ، وكانت أهم تطبيقاتها حالات السرقة في سنوات القحط والمجاعة واستندوا في تعليلها إلى نوع من شيوع الأموال في هذه الظروف الاستثنائية . د / محمود نجيب حسنى ، شرح قانون العقوبات اللبناني ، مرجع سابق ، بند ٥٠٢ ، ص ٥١٢ - د / محمود محمد مصطفى ، مرجع سابق ، ص ٢٨٦.

فى حين يذهب أنصار الاتجاه الآخر إلى تعريف جريمة الضرورة بأنها الجريمة التى يرتكبها شخص لوقاية نفسه أو نفس غيره أو ملكه أو ملك غيره من خطر جسيم محقق (١) .

هذا ونجد أن المشرع المصرى قد نظم حالة الضرورة فى المادة (٦١) عقوبات " لا عقاب على من ارتكب جريمة ألبأته إلى ارتكابها ضرورة وقاية نفسه أو غيره من خطر جسيم على النفس على وشك الوقوع به أو بغيره ولم يكن لإرادته دخل فى حلوله ولا فى قدرته منعه بطريقة أخرى ."

ويلاحظ على هذا النص أنه يعالج حالتين مختلفتين تماماً هما الحالة التى يهدد فيها الخطر نفس الجانى وتلك التى يرتكب فيها الجانى الجريمة دفعاً لخطر يهدد غيره وبغض النظر عن مبلغ صلته به (٢)

ومن أمثلة الضرورة أن تغرق سفينة فيتعلق شخصان بقطعة من الخشب طافية ثم يتبين أنها لا تقوى على حملهما معا فيبعد أحدهما الآخر عنها وينجو بنفسه ويهلك زميله ، أو أن تشتعل النار فى مبنى فيندفع شخص إلى الفرار فيصيب طفلاً بجراح أو يقتله ، أو أن يقضى الطبيب على الجنين إنقاذاً لحياة الأم فى ولادة عسيرة ، أو أن يشهد شخص بناء حاصرت النيران فيه سكانه فيحطم باب مسكن مجاور ويستولى على الماء المملوك لحائزه ويستعمله فى إطفاء الحريق (٣) .

ويذهب الفقه الفرنسى إلى تعريف الضرورة بأنها الموقف الذى يجد فيه الإنسان نفسه أمام خطر ما ويضطر لإرتكاب أى عمل يرفضه القانون حماية لحياته ومصالحه الهامة (٤) .

فالضرورة تسمح للإنسان بخرق القانون لتجنب نتائج قد تكون أفظع وأشد

(١) د / محمد ذكى أبو عامر ، قانون العقوبات " القسم العام " ، مرجع سابق ، ص ١٧٠ .

(٢) د / عمر السعيد رمضان ، مرجع سابق ، بند ١٨٢ ، ص ٣٠٢ .

(٣) د / جلال ثروت ، النظرية العامة لقانون العقوبات ، مرجع سابق ، بند ٤٢٦ ، ص ٤٣٣ - د / عبد الوهاب حومد ، مرجع سابق ، ص ٢٧٦ .

(٤) Colmar 6 dec. 1957, D, 1958, 357 .

ضرراً مما ارتكبه هو للدفاع عن نفسه (١) .

وقد نص قانون العقوبات الفرنسي على حالة الضرورة في المادة (١٢٢ - ٧) لا تقع المسؤولية الجنائية على من ارتكب جريمة ألجأته إلى ارتكابها ضرورة حماية نفسه أو غيره أو ماله إذا ما وجد نفسه في مواجهة خطر حال وشيك يهدده أو يهدد غيره أو ماله (٢)

وهذا النص يحدد موقف الفرد الذي يختار ارتكاب الجريمة ليتجنب خطراً محقق به أو بغيره أو ماله شريطة أن يكون هذا الخطر محتملاً وشيك الوقوع ويلاحظ أن حالة الضرورة تترك لمرتكب الجرم حرية الاختيار والإرادة نظراً لأنها تتيح له اختيار ارتكاب جريمة على ضوء الموازنة بين مصلحتين الأولى المعتدى عليها والأخرى التي يهدف إلى حمايتها ويجب في الأخيرة أن تكون ذو قيمة أو

(١) Desportes, et le guenehec, op . cit. No. 742. P. 637 .

وفى فترة الخمسينات (١٩٥٠) بفرنسا أقرت المحاكم حالة الضرورة واعتبرتها عملاً مباحاً وأصبحت تعرف بأنها " الموقف الذي يجد الشخص نفسه فيه ليس أمامه وسيلة أخرى سوى ارتكاب فعل يجرمه القانون وذلك بهدف حماية مصلحة عليا "

ولقد أقرت محكمة النقض نفس المبدأ في العديد من أحكامها . راجع حكمها الصادر في ٢٥/٦/١٩٥٨ ، وأكدت ذلك في أحكامها الصادرة سنة ١٩٦٦ ، ١٩٦٨ ، راجع

Boricant et simon, Op. Cit, P. 115

(٢) وأصبحت حالة الضرورة عملاً مبرراً يستمد أصله من القانون ولقد ظلت هذه الحالة لفترة طويلة تشبه بحالة الإكراه النفسى.

Cass. Crim 15 nov. 1856 ; B. n. 358., 16 mai 1934 : DA 1934, 367. Trib. Corr. Dijon, 27 fev. 1968 JC P, 68, II, 15501.

ثم وضع لها القانون قاعدة أخرى وهى غياب النية فى ارتكاب الفعل ، غير أنها تعرضت للنقد.

Cass. Crim 27 janv. 1933 : Gaz. Pal. 1933, 1, 489

وأخيراً أصبح لها شكلها المستقل

(Crim 28 juin 1958 : D. 1958, 693, note M. R. M. P., JC. P. 59, II, 10941, note larguiter: Rev. SC. Crim, 1959, 111, obs. Legal.)

مصلحة عليا. ^(١) مثل من يستحم في البحر ثم تختفى ملابسه فيضطر لسرقة إحدى الملابس من غسل آخر يستر به نفسه ، حتى لا يسبب جريمة جنسية أو الباحث الذي يقتل الحيوان لاستخراج الأمصال منه ، أو السائق الذي ينحرف ويصعد فوق الرصيف فيتلف حاجزاً أو سوراً تقادياً لأن يصطدم بأحد المشاة ^(٢) .

والملاحظ في حالة الضرورة ، أنها لا تفقد من يقع فيها قدرته على الاختيار فقدأ تماماً وإنما هي في حقيقة الأمر تضعفها الى حد جسيم بأن تضعه بين أمرين إما الإمتناع عن ارتكاب الفعل الجرمي وتحمل الخطر المهدد به وإما ارتكاب الجريمة لتتلافى الخطر ، فيختار أهون الضررين مرتكباً جريمة الضرورة ^(٣) .

(1) CAPOGNE. Op. cit. No 74. P. 41.

(2) Desportes et le guenehec, op. cit. No 747. P. 640.

(٣) د/ محمد زكى أبو عامر ، قانون العقوبات " القسم العام " ، دار المطبوعات الجامعية ، ١٩٨٦ ، بند ٨٨ ، ص ٢٣٠ .

المطلب الثالث

أوجه الشبه والاختلاف بين الإكراه المعنوى وحالة الضرورة

٥٧- أوجه الشبه:

يذهب جانب من الفقه إلى حد التوحيد بين استعمال اصطلاحى " الإكراه المعنوى " و " حالة الضرورة " على أنهما مترادفان ^(١) فى حين يذهب الرأى السائد إلى اعتبار الإكراه المعنوى صورة خاصة من الضرورة يميزها صدور التهديد بالخطر عن إنسان يقصد حمل الفاعل على اتخاذ مسلك إجرامى معين ^(٢)

فبالضرورة تتفق مع الإكراه المعنوى فى أن الجريمة الناشئة من كل منهما تصيب إنساناً بريئاً وفى أن ركنها المعنوى قائم بجانب ركنها المادى وهذا ما انصرف إليه ذهن المشرع فجمع بين الحالتين فى نص المادة (٦١) بوصفهما يتضمنان شيئاً واحداً ^(٣)

(١) د / عمر السعيد ، مرجع سابق ، بند ١٨١ ، ص ٣٠٠ ، د / رؤوف عبيد ، التسيير والتخير بين الفلسفة العامة وفلسفة القانون ، دار الفكر العربى ، ط ٣ ، ١٩٨٤ ، ص ٥٢١ .

(٢) د / على راشد ، مرجع سابق ، ص ٣٤٦ - د / محمود محمود مصطفى ، مرجع سابق ، بند ٣٢٧ ، ص ٤٧٦ - د / هلالى عبد اللاه ، مرجع سابق ، ص ٥٠٦ - د / محمد سامى النبراوى ، مرجع سابق ، ص ٤٢٠ .

(٣) جريمة الضرورة تتميز بكونها جريمة تصيب شخصاً بريئاً دفعا لضرر جسيم على النفس ، تهدد به الطبيعة فاعل الجريمة نفسه أو شخصاً آخر غيره ، أو يهدد به إنسان ما ، شخصاً آخر غير فاعل الجريمة وبناء على ذلك لا تتعدى حالة الضرورة فروعاً ثلاثة .

الأول : أن يرتكب إنسان جريمة على شخص برئ وذلك ليدفع بها عن نفسه ضرراً جسيماً تهدد به الطبيعة .

الثانى : أن يرتكب إنسان جريمة على شخص برئ وذلك ليدفع بها ضرراً جسيماً تهدد به الطبيعة نفس إنسان آخر غيره .

الفرض الثالث : أن يرتكب الإنسان جريمة على شخص برئ وذلك ليدفع بها ضرراً جسيماً يهدد به أحد الأشخاص إنساناً آخر غيره .

والقاسم المشترك فى كافة فروع جريمة الضرورة وكذلك الإكراه المعنوى أن الجريمة تصيب شخصاً بريئاً ...

د / رمسيس بهنام ، مرجع سابق ، ص ٨٠٨ .

٥٨. أوجه الاختلاف :-

١. يفترض الإكراه المعنوي ضغطاً موجهاً إلى إرادة الجاني بفعل الإنسان وبشرط أن يؤدي إلى تجريد إرادة الجاني من حرية الاختيار أما حالة الضرورة فإنها تفترض تعرض الجاني لخطر جسيم على النفس أيا كان مصدر هذا الخطر سواء كان بفعل إنسان أو بفعل الطبيعة دون أن يشترط في هذا الخطر أن يصل إلى حد شل إرادة من تعرض له بل إنه في حالة الضرورة يمارس الجاني حرية الاختيار رغم ضعفها بسبب الخطر الجسيم المحقق به^(١).

(١) ومن نماذج جرائم " الإكراه والضرورة " والتي أثبتت أمام محكمة الاستئناف - بالولايات المتحدة (دى) سائق تاكسى من أصل كولومبى وقع تحت تهديد بعض تجار المخدرات وأجبروه على ابتلاع بالونات مليئة بالكوكايين والسفر بها للولايات المتحدة وإقاموا بقتل زوجته وطفله.

ولم يقدّم (دى) بإبلاغ البوليس لاعتقاده أن رجال البوليس جميعاً مرتشّين. الإجراءات : رفضت المحكمة الاعتراف بعنصرى الإكراه والضرورة كما أراد الدفاع. والسؤال هنا : هل أخطأت المحكمة برفضها الاعتراف بعنصر الإكراه والضرورة ؟ قبل أن نجيب ... علينا بتحليل الواقعة

نجد توافر عنصر الإكراه حيث كان هناك تهديد فوري لحياة الأسرة وكان هناك خوف له ما يبرره من جانب السائق الذى لم يجد أمامه أية فرصة للتخلص من هذا التهديد - إضافة إلى قدرة من قاموا بتهديده على التنفيذ الفوري لما يهددونه به.

ومن ثم نجد توافر عنصر الإكراه دون عنصر الضرورة - والسبب إن ما قام به (دى) ناتج عن تهديد بشرى - وهذا التحليل هو ما أخذ به المحلفون. United states court of appeals, Ninth cricuit, 1984.

وهذا يتطلب القضاء الفرنسى فى الضغط على إرادة شخص فى حالة الإكراه المعنوى أن يكون قوياً مباشراً إلى الدرجة التى يمكن معها القول بأنه قد نال من حرية فى الاختيار وقد قبلت محكمة النقض الإكراه المعنوى كسبب لامتناع المسؤولية فيما اعتبرت جرائم مادية من ذلك ما قضت به من عدم مسؤولية محكوم عليه بالاشغال الشاقة ارتكب جريمة هروب بناء على أوامر حراسة ، وجندى ألمانى قام بأعمال تصوير غير مشروعة بناء على أوامر رؤسائه العسكريين ...

د / عبد العظيم موسى وزير ، اقتراض الخطأ كأساس للمسؤولية الجنائية " دراسة مقارنة " ، دار النهضة العربية ، ١٩٨٨ ، بند ٢١ ، ص ٨١.

غير ان البعض يذهب الى أن حالة الضرورة قد تتحول في الحقيقة إلى حالة إكراه وذلك نظراً لأن مسألة الاختيار لا تكون حقيقية^(٢).

٢. يفترض الإكراه المعنوي وجود صراع بين إرادتين تغلب فيها الأولى على الثانية ، فلا يملك صاحب الإرادة الثانية إلا أن ينصاع لاتجاه الإرادة الأولى .

أما حالة الضرورة فإنها تفترض وجود صراع بين مصلحتين فيضحي المضطر بالمصلحة الأقل أهمية في سبيل مصلحة أخرى أجدر بالرعاية^(٣)

٣. لا يشترط القانون في الخطر الذي يتعرض له المكره شروطاً معينة بل يكفي مجرد تعرض المكره لضغط جسيم على إرادته يؤدي إلى تجريدها من حرية الاختيار.

(1) Canin. Op. cit. P. 80.

(٢) د/ أحمد فتحي سرور ، الوسيط في قانون العقوبات ، الطبعة السادسة ، مرجع سابق ، ص ٥١٣.

- ويذهب البعض إلى ان امتناع المسؤولية تأسيساً على " تنازع المصالح " وترجيح أحدهما ، لوجود تعارض بين حقين أو مصلحتين بحيث لا يمكن إنقاذ أحدهما إلا بإهدار الأخرى. رأى معيب إذ أن الأستاذ إلى فكرة التنازع بين المصالح مؤد إلى اعتبار الضرورة سبب إباحة إذ أن إهدار حق قليل القيمة في سبيل صيانة حق أكثر قيمة هو رعاية لحقوق المجتمع في مجموعها ، وهذا التكيف يناقض خطة الشارع التي تعتبر الضرورة مانع مسؤولية. انظر في ذلك . د/ محمود نجيب حسنى، مرجع سابق ، ص ٥٦٥.

- ويلاحظ أن القضاء الفرنسي قد قبل حالة الضرورة كسبب للإعفاء من المسؤولية في الجرائم المادية ففي مجال المرور قضت محكمة النقض بعدم إدانة سائق دراجة شاهد سيارة تتدفع في الاتجاه المضاد فانحرف يساراً لكي يتجنب الاصطدام.

- نقض ٢٧ يناير ١٩٣٣ بلتان ٢٣ - وانظر أيضاً.

- Trip. Pol. Avesnes – sur Helpe. 12 dec 1964, gez. pal. 1965 – 1-91.

- كما قضى بعدم مسؤولية طبيب استدعى لانقاذ مريض في حالة خطرة فتجاوز السرعة المقررة.

Trip. Pol. Marsannel 1 mars 1910, S. 1910, somm.

وقد ذهب البعض^(١) من أنصار اعتبار الضرورة مانعاً من موانع المسؤولية كالإكراه المعنوى وجوب توافر الضرورة لقيام الإكراه المعنوى وهو قول يدعو للتأمل ذلك أن هناك جانب آخر من الفقه يدعو إلى أن الضرورة تعد سبباً من أسباب الإباحة ، بينما الإكراه من موانع المسؤولية^(٢).

٤. فى الإكراه المعنوى يوجد شخص مسئول عن الجريمة وهو من صدر عنه الخطر ، أما فى حالة الضرورة فلا يوجد مسئول يمكن أن يستند إليه الفعل المرتكب^(٣).

(١) د / محمود نجيب حسنى ، مرجع سابق ، ص ٥٥٦.

د / مأمون محمد سلامة ، مرجع سابق ، ص ٣٦٨.

د / هلالى عبد اللاه ، مرجع سابق ، ص ٥٠٦.

(٢) د / محمود محمود مصطفى ، مرجع سابق ، ص ٤٧٧

د / أحمد فتحى سرور ، الوسيط فى قانون العقوبات ، ١٩٨١ ، مرجع سابق ، ص ٥٢٢ ...

حيث يذهب إلى أن الإكراه المعنوى لا يستند فى تقديرنا إلى نص المادة - (٦١) التى عالجت حالة الضرورة ، وإنما يستند إلى أساس المسؤولية الجنائية فى تشريعنا وهو حرية الاختيار ، وإلى فكرة الأهلية الجنائية ولذلك فإنه إذا كان يجوز فى الضرورة ارتكاب الجريمة من أجل وقاية نفس الغير ، أيا كان علاقته بالجاني فلا يجوز ذلك فى حالة الإكراه إلا إذا كان لهذا الغير صلة وثيقة بنفس المكره بحيث يعتبر الخطر الذى يهدد الغير خطراً يهدد الشخص المكره نفسه وهذا الخلاف يؤكد التمييز بين طبيعة كل من الضرورة والإكراه المعنوى. ونشياً مع ذاتية شروط الإكراه المعنوى فنرى أنه يودى الى امتناع المسؤولية متى كان يهدد مال المكره بشرط أن يكون لهذا المال قيمة حيوية بحيث يؤثر هذا التهديد فى إرادة صاحب المال على النفس. وأخيراً فإن تنظيم المشرع لشروط الضرورة يتفق مع وصفها كسبب للإباحة ولكن لا يتفق مع الإكراه المعنوى .

- سوف نتناول هذا الخلاف تفصيلاً فى الصفحات القادمة.

(٣) د / أحمد عبد العزيز الألفى ، شرح قانون العقوبات ، بدون جهة نشر ، ١٩٨٨ ، بند ٦٤ ، ص ٤٢٩ .

ومشار إليه د / محمد السعيد عبد الفتاح ، مرجع سابق ، ص ٨٣.

المبحث الثاني

شروط الإكراه المعنوي وحالة الضرورة

٥٩- تمهيد وتقسيم :

ليس في قانون العقوبات نص يبين حكم الإكراه المعنوي بل انه لا ذكر فيه لهذا الإكراه أصلاً. وإذا كان الفقه والقضاء يرتبان على الإكراه أثراً فلأنه يجعل المكره في حالة ضرورة وهذا يقتضى القول بأن للإكراه حكم الضرورة وعلتها وشروطها جميعاً. (١)

وقد حدد المشرع في المادة (٦١) من قانون العقوبات شروط حالة الضرورة وهي تسرى على الإكراه المعنوي باعتباره صورة من صور حالة الضرورة (٢) وتلك باعتبار أن من يرتكب جريمة تحت تأثير الإكراه المعنوي يكون في حالة يصدق عليها من باب أولى وصف حالة الضرورة وعلى هذا يمكن القول بأن حالة الضرورة وصف شامل يدخل في مدلولها حالة الإكراه المعنوي (٣).

(١) د/ عوض محمد ، قانون العقوبات " القسم العام " ، مرجع سابق ، بند ٤٠١ ، ص ٥٠٠.

(٢) أ. د / محمود نجيب حسنى ، مرجع سابق ، ص ٥٥٦

د / جلال ثروت ، النظرية العامة لقانون العقوبات ، مرجع سابق ، ص ٥٤٦

د / فوزية عبد الستار ، مرجع سابق ، ص ٥٤٦

(٣) وقد أثارت جريمة الضرورة منذ أقدم التشريعات مناقشة فقهية حول مسئولية مرتكبها سواء أكانت قد ارتكبت تحت تأثير الإكراه المعنوي أم ارتكبت في حالة الضرورة وفقاً للمعنى الاصطلاحي ، والحقيقة هي انه كان من المسلم به دائماً أن المتهم في مثل هذه الحالة لا يمكن - كقاعدة عامة - أن يسأل جنائياً عن جريمة الضرورة إلا أن المناقشة انصببت مع ذلك على معرفة الأساس الذي يستند إليه إعفاء المتهم من المساءلة الجنائية عن جريمة الضرورة ، لأن هذا الأساس يحدد الشروط اللازم توافرها لقيام تلك الحالة.

- وقد ذهب رأى إلى القول بأنه علة الإعفاء من المسئولية قائمة في شخص المتهم وذلك على اعتبار أن حالة الضرورة توجد هذا الأخير في موقف يفقد فيه اختياره أو يكاد ، مما يجيز إعفاءه من تحمل التبعة الجنائية عما يأتيه من الأفعال تحت تأثير هذا الضرب من (الإكراه) ... د/ محمود نجيب حسنى ، مرجع سابق ، ص ٥٦٤ ، د/ مأمون محمد سلامة، مرجع سابق ، ص ٣٦٨ ، د/ محمد مصطفى القللى ، المسئولية الجنائية ، مرجع سابق، ص ٤٠٦ -

والشروط التي حددها المشرع بعضها يتعلق بالخطر وبعضها يتعلق بالفعل الذي يدفع به هو الخطر.

وعلى هذا سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين على النحو الآتي :

الأول : شروط الخطر .

الثاني : شروط جريمة الضرورة .

= ولكن غالبية الآراء تتجه نحو إرجاع الإعفاء إلى سبب موضوعي كائن في ذات الواقعة ، أي القول بأن حالة الضرورة تجعل من جريمة الضرورة ذاتها عملاً مباحاً ... د/ أحمد فتحي سرور ، مرجع سابق ، ط ٤ ، ص ٢٠٣ ، د/ السعيد مصطفى السعيد ، الأحكام العامة في قانون العقوبات بدون جهة نشر ، ١٩٦٢ ، ص ٤٤٧ ، د/ يوسف قاسم ، مرجع سابق ، ص ١٣٥ ، د/ عبد الوهاب حومد ، مرجع سابق ، ص ٢٧٤ .

ويسبدو أن الشارع المصري قصد أن يذهب إلى ضرب من التوفيق بين المذهبين المتقدمين . فهو في الظاهر يبنى الإعفاء من المسؤولية في حالة الضرورة على سبب شخصي هو فكرة الإكراه المعنوي المعدم للاختيار ، إلا أنه في الحقيقة لا يقتصر هذه الحالة على صورة الإكراه المعنوي دون غيرها وإنما هو يوسع من نطاقها بحيث تضم صوراً أخرى لا سبيل إلى تبريرها أصلاً إلا بسبب موضوعي مستمد من المصلحة أو عدم فائدة العقاب وهو يصل مع ذلك إلى هذه النتيجة ، مع بقائه في حدود فكرة الإكراه المعنوي ، عن طريق القرينة والافتراض وذلك بأن يتطلب لقيام حالة الضرورة في مثل هذه الصور الوفاء بشروط معينة يفترض مع توافرها تحقق الإكراه المعنوي حكماً إن لم يكن فعلاً ... د / علي راشد ، القانون الجنائي " المدخل وأصول النظرية العامة " ، مرجع سابق ، ص ٣٤٧ ... د / علي راشد ، د / يسر أنور علي ، شرح النظرية العامة للقانون الجنائي ، مرجع سابق ، ص ٣٥٩ .

المطلب الأول شروط الخطر

٦٠- تحديدها :

من المجمع عليه فقهاً وقضاءً أن الشروط المتطلبة في الخطر عملاً بنص المادة (٦١) عقوبات هو :

أولاً : أن يكون الخطر مهدداً للنفس.

ثانياً : أن يكون جسيماً .

ثالثاً : أن يكون الخطر حالاً.

رابعاً : ألا تكون لإرادة الفاعل دخل في حوله.

٦١- (أولاً) قيام خطر على النفس :-

قدر المشرع المصري أن المصالح المتعلقة بالنفس هي وحدها الجديرة بالرعاية في صراعها مع المصالح الأخرى ، فقصر إباحة الفعل الضروري على الأحوال التي يكون فيها الخطر مهدداً للنفس وبناء على ذلك فلا تتوافر حالة الضرورة إذا كان الخطر مهدداً للمال فقط مهما بلغت جسامته ^(١)

ولكن السؤال الذي يتبادر الآن ماذا نعني بالنفس ؟ هل نعني بها السلامة الجسمية والحياة فقط أي الجانب المادي منها . ، أم أنها تحمل المعنى الواسع فتشمل الكيان المعنوي أيضاً ؟

الرأى الغالب في الفقه الحديث وهو الأولى بالاتباع أن يكون الخطر يهدد الشخص في حياته أو سلامة جسمه أو يهدده في شرفه واعتباره وحرية فالحقوق المعنوية للصيقة بالشخص يمكن درء الخطر المهدد لها استناداً إلى حالة الضرورة. فمن تفقد ملابسها أثناء استحمامها بالبحر يمكن أن تستحوذ على منقولات مملوكة للغير سترأ لعورتها استناداً إلى الضرورة . ومن ينتزع خطاباً من آخر ويمزقه عند تقديمه لثالث لأثبات علاقة غير مشروعة مع أنثى متزوجة يمكنه الاحتجاج بحالة الضرورة ^(٢).

(١) د / أحمد فتحي سرور ، الوسيط في قانون العقوبات ، مرجع سابق ، بند ٢٢٦ ، ص ٣٨٨
(٢) د / مأمون محمد سلامة ، مرجع سابق ، ص ٣٦٩ . - د / محمود نجيب حسنى ، مرجع سابق ، ص ٥٦٦ - د / عبد المهيمن بكر ، القصد الجنائي ، مرجع سابق ، ص ١٨٩ .

ولكن بعض الفقهاء يذهب إلى القول بوجود شك في معرفة ما إذا كان « يتهدد العرض يعد من قبيل الخطر الجسيم الذي يبرر الضرورة » .

وعلى كل حال فتقدير ما إذا كان الخطر جسيماً في المعنى الذي يمنع المساءلة عن جريمة الضرورة مسألة تتعلق بوقائع كل دعوى والفصل فيها متروك لقاضى الموضوع ، على أن يضع نفسه في موقف المتهم ويقيس بمقياسه في الظروف التى أحاطت به. ولكن من المتفق عليه أن وصف (الخطر الجسيم على النفس) لا يصدق على ما يهدد الإنسان في شرفه أو سمعته فلو أن فتاة حملت سفاحاً ، وعمدت إلى أجهاض نفسها أو قتل وليدها خشية العار فإنها لا تغتلب من العقاب على أساس الضرورة^(١) .

ومن جانبنا نرى عدم الاعتداد بحالة الضرورة هنا حيث أن الفتاة كان لإرادتها دخل في حدوثها . وبذلك انتفى الشرط الذى نصت عليه م ٦١ عقوبات صراحة .

ولقد ثار خلاف فقهي بشأن هذا المثل ، والسائد فقها أن هذه الفتاة ليست في حالة ضرورة ، ولكن اتجاها آخر يرى التفرقة بين ما إذا كان الاتصال الجنسي الذى ترتب عليه الحمل قد تم برضا الفتاة أم نتيجة اغتصاب فإذا كان قد تم برضاها ، فلا ضرورة ، سواء أجهضت نفسها أو قتلت بنفسها وليدها ، لأن لإرادتها دخلاً في نشوئه ، أما إذا كانت قد اغتصبت ثم أقدمت على القتل ، فهي تعاقب لعدم التناسب بين سلوكها وما يتهددها من خطر ، وإذا أجهضت نفسها فهي لا تعاقب لتوافر كل شروط الضرورة^(٢)

والرأى هو عدم مسايرة هذا الاتجاه في التفرقة التى قال بها ذلك لأن الحق في الحياة هو حق الحياة بالنسبة لسائر البشر والذي يسمو على سائر الحقوق جميعاً - لا يفصله إلا واجب الدفاع عن الوطن هو وحده الذي يسمو على حق الحياة - ولذلك فإنه لا يبدو مقبولاً إهدار حياة الجنين في سبيل صيانة العرض ولم يقل أحد

(١) د / على راشد ، د/ يسر أنور على ، شرح النظرية العامة للقانون الجنائي ، مرجع سابق ، ص ٣٦٢ .

(٢) د/ أحمد عبد العزيز الألفى ، مرجع سابق ، ص ٤٢٩ - د/ محمد السعيد عبد الفتاح ، مرجع سابق ، ص ١٠٨ .

بالمفاضلة بين حياة فرد وآخر وإن كان من المقبول هو ترك الأمر إلى القاضى ليخفف عقوبتها فى حدود سلطته التقديرية. (١)

ومن ناحية أخرى يستوى أن يكون الخطر مهدداً نفس الفاعل أو مهدداً نفس غيره ودون اعتبار لمبلغ صلته بهذا الغير أى حتى ولو كانت لا تربطه به علاقة على الإطلاق فمتى تحقق الخطر فى المعنى المتقدم فلا عبرة بأن يكون قد تهدد نفس (المتهم) أو نفس الغير ، إذ النص صريح (٢).

مثال ذلك حالة الأم التى تسرق الأطعمة لتتقذ أطفالها من الهلاك جوعاً ، أو رجل المطافئ الذى يهدم حائط المنزل أو يكسر بابه فى سبيل انقاذ من بداخله من الحريق ، أو الطبيب الذى يقتل الجنين لإنقاذ حياة الأم ، أو من يشاهد شخصاً على وشك الغرق فى النيل فينتزع (دكة) خشبية يجلس عليها بواب إحدى العمارات المجاورة ويقذف بها إلى من يصارع الأمواج (٣).

ومن الفقهاء مع ذلك من يقيد الحكم فيشترط أن يكون الغير قريباً لمن يتمسك بحالة الضرورة أو عزيزاً عليه ، فإن لم يكونا كذلك لم يعف الفاعل من العقاب وحجة هذا رأى أن إطلاق الحكم يؤدي إلى أن تتقلب الضرورة سبباً مباحاً للفعل بحيث لا تكون عليه عقوبة مطلقاً ، لا بالنسبة لمن أهدق به الخطر ولا بالنسبة لشريكه ، مع إنه من المقرر أن الضرورة من الأسباب الشخصية المانعة للمسئولية التى إذا توافرت فى الفاعل فلا يستفيد منها الشريك. (٤)

غير أن جمهور الفقهاء ونحن نؤيدهم - على غير هذا رأى - إزاء عموم

(١) راجع تأييد هذا رأى - د/ يوسف قاسم ، مرجع سابق ، ص ١٥٤.

(٢) د / عمر السعيد رمضان ، مرجع سابق ، بند ١٨٤ ، ص ٣٠٥.

(٣) د / على راشد ، القانون الجنائى " المدخل وأصول النظرية العامة " ، مرجع سابق ، ص ٣٤٩.

(٤) د/ على ذكى العرابى ، شرح القسم العام من قانون العقوبات " جرائم القتل والجرح والضرب " ، بدون جهة طبع ، س ١٩٢٥ ، ص ٩٦ - د/ ابراهيم ذكى أخنوخ ، مرجع سابق ، ص

النص والعلة التي أستوجبت تقرير الحكم (١) .

والمادة (٦١) اقتصرت على الخطر الذي يهدد النفس ولم تتناول الخطر الذي يهدد المال مهما كانت قيمته فالقانون لا يعفى من المسؤولية من يضحى بحق الغير فى سبيل وقاية المال (٢) وذلك على خلاف ما هو مقرر فى شأن الدفاع الشرعى حيث يجوز الدفاع عن المال -- وهى تفرقة قد يكون لها مبررها إلا إننا نرى أنه يتعين الأخذ بحالة الضرورة فى حالة الإعتداء على المالك وذلك إذا كان الاعتداء واقعا على مال فى سبيل صيانة مال أعلى قيمة ، كما لو شبة النار فى مال شخص فأضطر لإخمادها الى أن يتلف مالا آخر أو يأخذ ماءً من صهريج لآخر ولذلك تجرى التشريعات الحديثة على التسوية فى الضرورة بين الخطر المهدد للنفس وبين الخطر المهدد للمال (٣).

(١) د/ رمسيس بهنام ، مرجع سابق ، ص ٨١٠ - د/ محمد زكى أبو عامر ، مرجع سابق ، ص ١٧١ - د/ جلال ثروت ، مرجع سابق ، ص ٤٣٥ - د/ عوض محمد ، مرجع سابق ، بند ٣٨٤ ، ص ٥٠٧ .

(٢) نقض ١٩٥٩/٦/٢٣ ، ومجموعة أحكام النقض ، س ١٠ ، رقم ١٤٩ ، ص ٦٩٩ . وقد حكم بأن التهديد بالوضع تحت الحراسة وأيلوية أرض المتهم للإصلاح الزراعى لا يجعل هذا المتهم فى حالة ضرورة تنفى عنه المسؤولية فى جريمة الرشوة لان الخطر قد انصب على المال فحسب نقض ١٩٧٢/٣/٢٧ ، أحكام النقض ، س ٢٣ ، رقم ١٠٦ ، ص ٤٧٩ . كما قضت محكمة النقض أيضا بأنه لا محل لاحتياج المتهم بالإكراه أو ... وهذا المبدأ يبدو سليما إذا كان الفعل المرتكب لوقاية المال قد وقع اعتداء على نفس الغير لحرمة وعدم التكافؤ بينها وبين المال مهما عز ولكنه يبدو غير معقول حيث يكون واقعا على المال فى سبيل صيانة مال وخصوصا إذا كان هذا أقل قيمة وبصرف النظر عن صعوبة القطع بأن مالا ما أعلى قيمة من مال آخر وهذه مسألة تتوقف على التقدير الشخصى الذى يقدر به كل مالك ماله فان الأخذ بذلك للرأى ينقصه على كل حال وضع الضوابط الكفيلة بتفادى استخدام التعليل بالضرورة فى رقابة المال بالجريمة ... د/ السعيد مصطفى السعيد ، الأحكام العامة فى قانون العقوبات ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٨١ ، ص ٤٩٩ ... ومشار الية د/ رمسيس بهنام ، مرجع سابق ، ص ٨١١ .

(٣) ومن التشريعات التشريعية السورية فى المادة (٢٨) والتشريع اللبنانى (٢٢٩) والتشريع الاردنى فى المادة (٩٠) والتشريع السويسرى فى المادة (٣٤٥) ، والتشريع البولونى فى المادة (٢٢٥) ... د/ محمود محمود مصطفى ، مرجع سابق ، بند ٣٢٩ ، ص ٤٧٩ .

وقد أخذ التشريع الفرنسي بهذا وجرى القضاء على تطبيقه في القضية التي كان يخشى فيها صاحب محل لبيع الذهب للاعتداء عليه ولذلك قام بمخالفة قواعد المرور حتى يتمكن من ركن سيارته في أقرب مكان من مكان التسليم المتفق عليه^(١) وكذا اعتبر خرق القانون ضروريا للشخص الذي ينقل عائلته إلى سكن أفضل من الكوخ الذي يعيشون فيه فإزمة السكن تبرر ارتكاب جرائم ضد القانون مثل سرقة المساكن أو المنازل^(٢)

٦٢- موقف الشريعة الإسلامية :

الإكراه بلا شك يتضمن التهديد بأذى ينال المكره إما في ماله أو في جسمه أو في شأن من يهتم به في جسمه أو ماله أو بالأذى له بما دون ذلك كالسب أو فعل ما يترتب عليه مهانته على نظر في هذا القسم :^(٣)

(1) Canin. OP Cit .p . 89

(2) La notion de nécessité ' implique un péril actuel Ou imminent menaçant la vie ou la santé ou l'équilibre moral ou encore compromettant la satisfaction des besoins fondamentaux de la famille. Tel est le cas, par exemple d'une personne qui construit elle – même sa propre maison sans permis de construire parce qu'elle vit avec sa famille dans un taudis (Trib . corr . colmar, 27 avril 1,56 : D . 1956,500)

Des portes et le Gunehec, op . cit . No 754. P. 634 .

- وهناك حكم شهير قد صدر من القضاء الفرنسي وكان يطلق على رئيس المحكمة الذي أصدره وصف القاضي الطيب (Le Le bon juge) وهذا الحكم قضى ببراءة أم سرقت من واجهة أحد المخازن رغيف ولم تكن قد تناولت طعاما في اليومين السابقين وكانت ترضع طفلها وأبنت محكمة الاستئناف ذلك وكان تأسيسا على انتقاء القصد الجنائي الأمر الذي أخذ عليه الخلط بين القصد وبين الباعث وقد كان من الأصوب ان تبني البراءة على حالة الضرورة .

(Trib. Corr. Château Thierry, 4 mars 1898, D : 1899 , 2 , 329 , note jasserand.)

(٣) د / محمد أبو زهرة ، مرجع سابق ، ص ٥٢٩ .

والوعيد بإتلاف المال إكراه عند مالك والشافعي وأحمد إذا لم يكن يسيراً أو غير يسير يرجع فيه إلى الشخص نفسه ومقدار ثروته فقد يكون المال يسيراً بالنسبة لشخص وغير يسير بالنسبة لآخر ^(١) ، والأصل في مذهب أبي حنيفة أن الوعيد بإتلاف المال ليس إكراهاً ولو كان إتلاف المال يلحق ضرراً جسيماً بصاحبه ، لأن محل الإكراه الأشخاص لا الأموال ولكن بعض فقهاء الحنفية يرى الوعيد بإتلاف المال إكراهاً وأصحاب هذا الرأي يختلفون فيما بينهم فيشترط بعضهم أن يكون الوعيد بإتلاف كل المال ليكون إكراهاً والبعض لا يشترط إتلاف كل المال ويكفي عندهم لاعتبار الإكراه قائماً أن يكون الوعيد بإتلاف جزء من المال يصير بإتلافه ضرراً كبيراً ^(٢)

أما الإكراه على القتل فهو لا يباح ولا يرخص به سواء كان الإكراه تاماً أو ناقصاً لأن قتل المسلم بغير حق لا يحتمل الإباحة بحال قال الله تعالى "ولا تقتلوا النفس التي حرم الله إلا بالحق" ^(٣) وكذا قطع عضو من أعضائه والضرب المهلك قال سبحانه وتعالى : "والذين يؤذون المؤمنين والمؤمنات بغير ما اكتسبوا فقد احتملوا بهتاناً وإثماً مبيناً" ^(٤) فمن أكره على قتل غيره لم يسعه أن يقدم عليه ويصبر حتى يقتل فإن قتله كان إثماً لأن قتل المسلم لا يستباح لضرورة ما ^(٥)

والظاهر أن الفقهاء يرون أن كل جريمة يمكن أن تباح أو يرخص بها للإكراه إلا قتل الإنسان والاعتداء عليه اعتداء مهلكاً ، فإنه كبيرة والتساهل فيها

(١) مواهب الخليل ، ج ٤ ، ص ٤٥ - ومشار إليه عبد القادر عوده ، مرجع سابق ، ص ٥٦٧ .
(٢) المكروه على إتلاف مال الغير إذا أُلغى يجب الضمان على المكروه دون المكره ، إذا كان الإكراه تاماً لأن المتلف هو المكروه من حيث المعنى وإنما المكروه بمنزلة الآلة على معنى أنه مسلوب الاختيار يثار وهذا النوع من الفعل مما يمكن تحصيله بآلة غيره بأن يأخذ المكروه فيضربه على المال فأمكن جعله آلة المكروه فكان التلف حاصلًا بإكراهه فكان الضمان عليه وأن كان الإكراه ناقصاً فالضمان على المكروه لأن الإكراه الناقص لا يجعل المكروه آلة المكروه لأنه لا يسلب الاختيار فكان الإتلاف من المكروه فكان الضمان عليه وكذلك لو أكره على أن يأكل مال غيره فالضمان عليه ... بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، مرجع سابق ، ص ١٧٧ .

(٣) الأنعام : ١٥١

(٤) الأحزاب : ٥٨

(٥) الهداية شرح بداية المتيدي ، مرجع سابق ، ص ٦٦ .

يؤدى إلى خطر جسيم ولذلك يتشدّدون فى هذه الناحية ويجمعون على عدم تأثير الإكراه على العقوبة فى هذه الجرائم ولكنهم اختلفوا على نوع العقوبة فمالك وأحمد يريان القصاص على المكره^(١) وفى مذهب الشافعى رأيان أرجحهما يرى القصاص والثانى يرى أصحابه أن تكون العقوبة الدية على اعتبار أن الإكراه شبهة تدرأ القصاص^(٢) وفى مذهب أبى حنيفة اختلاف على العقوبة فظفر يرى القصاص وأبو حنيفة ومحمد يريان الإكتفاء بتعزير المكره أى معاقبته بالعقوبة التى يراها الشارع ملائمة وأبو يوسف يرى الدية على المكره. ^(٣)

ونحن نتفق مع فقهاء الشريعة فى اعتبارهم المال كالنفس وإباحة الضرورة بشأنهما باستثناء القتل والذى لا يباح على الإطلاق الإكراه بشأنه حيث لا يجوز قتل النفس التى حرمها الله إلا بالحق .

٦٣- (ثانياً) كون الخطر جسيماً :

لا يقوم الإكراه المعنوى أو حالة الضرورة إلا إذا كان الخطر المهدد للنفس جسيماً (Grave) وعلة هذا الشرط أن الخطر البسيط أو المستقبل لا يكون له عادة تأثير على الإرادة إلى الحد الذى ينال من حريتها ويدفعها فى سبيل التخلص منه إلى ارتكاب الجريمة. فالخطر البسيط يمكن لشخص دائماً أن يتحمّله دون أن يكون مضطراً إلى التضحية بمصالح غيره ويبرر ذلك أن جريمة الضرورة تقع على برئ فإذا كان الأذى الذى ينجم عن الخطر ضئيلاً فإنه لا يجوز الإغفاء من المسؤولية^(٣). وأهم ما يثيره هذا الشرط هو تحديد ضابط الجسامة. يذهب رأى إلى أن هذا الضابط لا يقوم على أساس التفرقة بين الحقوق المتصلة بالنفس والقول بأن أهمها كالحياة وسلامة الجسم والحرية هى التى يعد الخطر المهدد لها جسيماً فى حين أن الخطر الذى يهدد سواها (السمعة أو الشرف مثلاً) لا يعد جسيماً ويعيب هذا رأى أنه يتناقض مع تحديد مدلول النفس. ^(٤)

(١) مواهب الجليل ، مرجع سابق ، ج٦ ، ص ٢٤٢.

(٢) تحفة المحتاج ، مرجع سابق ، ج٤ ، ص ٧.

(٣) عبد القادر عودة ، مرجع سابق ، ج١ ، ص ٥٦٩.

(٤) عمر السعيد رمضان ، مرجع سابق ، بند ١٨٥ ، ص ٣٠٥ - محمد على السالم عياد الحلبي ، مرجع سابق ، ص ٤٠١.

(٥) محمد مصطفى القلى ، مرجع سابق ، ص ٤١٣ .

في حين يذهب البعض أن ضابط الجسامة يتعين تحديده على أساس ما بين جسامة الخطر وانتفاء حرية الإرادة من صلة ، ومن ثم كان متصوراً وفقاً لهذا الضابط أن يعد الخطر الذي يهدد أي حق من حقوق النفس خطراً جسيماً^(١).

وفي تقديرنا أن جسامة الخطر تقدرها محكمة الموضوع وفقاً لمعيار مجرد هو معيار الشخص الذي يوجد في ظروف المتهم فإذا كانت هذه الظروف تلجئه إلى ارتكاب الفعل المكون للجريمة صح تطبيق المادة (٦١) عليه^(٢).

وقد قضت محكمة النقض بأنه لا يعفى من المسؤولية من كان صغير السن واشترك في جريمة إحراز مواد مخدرة مع متهم آخر من أهله هو مقيم معه ومحتاج إليه. لأنه ليس في صغر سنه وإقامته مع المتهم الآخر وحاجته إليه ما يجعل حياته في خطر جسيم لو لم يشترك مع هذا المتهم في إحراز المواد المخدرة^(٣) وقضى بأنه لا يجوز للمتهم القاصر أن يعتذر عن جريمة ارتكابها بأنه مكره على ارتكابها بأمر والده^(٤). وبأن العلاقة الزوجية في ذاتها لا تصلح سنداً للقول بقيام حالة الضرورة الملجئة إلى ارتكاب الجرائم أو خرق محارم القانون^(٥).

وقد ذهب القضاء الفرنسي إلى إنه لا يجوز للمتهم الهارب من أحد السجون الأجنبية التعلل بحالة الضرورة لتبرير استخدامه لاسم مزيف أو تقديم وثائق إدارية مزيفة وذلك في حالة استجوابه^(٦).

(١) د/ محمود نجيب حسنى ، مرجع سابق ، بند ٦١٦ ، ص ٥٦٧ - ... وفي تقديره أن الخطر يعد جسيماً إذا كان ينذر بضرر غير قابل للإصلاح أو يغلب احتمال عدم قابليته للإصلاح على احتمال قابلية له أو يتساوى الاحتمالات أما إذا كان احتمال إصلاحه أرجح من احتمال كونه غير قابل للإصلاح فالخطر المهدد به ليس جسيماً - ...

(٢) د / محمود محمود مصطفى ، مرجع سابق ، بند ٣٣٠ ، ص ٤٨٠ د / فوزية عبد الستار ، مرجع سابق ، بند ٤٩٩ ، ص ٥٤٨ - د/ عمر السعيد ، مرجع سابق ، ص ٢٠٥ - د/ عبد الوهاب حومد ، مرجع سابق ، ص ٢٧٥.

(٣) نقض ١٩٢٩/١١/٢٨ ، مجموعة القواعد القانونية ، جـ ١ ، رقم ٣٤٤ ، ص ٣٤٤ ، ص ٣٩١ . - نقض ١٩٩٤/١٢/١٢ ، أحكام النقض ، س ٤٥ ، رقم ١٧٨ ، ص ١١٢٩ .

(٤) نقض ١٩٣٥/١/٢١ ، مجموعة القواعد القانونية ، جـ ٣ ، رقم ٣٢١ ، ص ٤١٤ .

(٥) نقض ١٩٦٩/١٠/١٣ ، مجموعة أحكام النقض ، س ٢٠ ، رقم ٢ - ص ١٠٢٧ - نقض ١٣/١٣/١٩٩٣ ، س ٤٤ ، رقم ٥٢ ، ص ٣٧٩ .

(6) Cass. Crim., 22 mai 1997. B., n. 201, Jc P. 97, ed. G, IV, 2409.

هذا ويقرر القانون الفرنسي في المادة (١٦١ - ١) من قانون الصحة العامة مثالا نادرا لحالة الضرورة وذلك لأنها تقر عملية الإجهاض عندما تتعرض حياة الأم للخطر^(١).

ومن ثم لا يجوز التذرع بحالة الضرورة كما وردت في المادة رقم ١٢٢ - ٧ لتبرير عملية الاجهاض الإرادى للحمل طالما أن هذه العملية قد أجازها القانون الصادر في ٢٧ يناير من عام ١٩٧٥ في بعض الظروف^(٢).

٦٤- هل يحقق الخطر الوهمى الجسامته؟

إن الإجابة عن مثل هذا السؤال تتوقف على المعيار الذى يأخذ به فى تحديد جسامته الخطر؟ فإذا كان معياراً موضوعياً فلا يكفى الخطر الوهمى بل يشترط أن يكون الخطر حقيقياً ، أما إذا كان المعيار الذى يأخذ به هو المعيار الشخصى فهنا يصلح الخطر الوهمى الذى لا وجود له إلا فى مخيلة المتهم لتحقيق شرط جسامته الخطر ، بشرط أن يكون ذلك الشخص حسن النية ، وأن تكون جميع الظروف والملابسات المحيطة بالمتوهم دافعة للاعتقاد بأن خطراً جسيماً يهدده^(٣).

(١) ولقد وسع القانون الصادر فى عام ١٩٧٥ وغير شكل حالة الضرورة فى هذا الموضوع ومن ناحية أخرى تنص المادة الجديدة رقم (١٦٢ - ١) من القانون الجنائى على انه (يحق للمرأة الحامل التى تتعرض صحتها للخطر أن تطلب من الطبيب إجهاض حملها) وذلك خلال الأسابيع العشرة الأولى من هذا الحمل.

وتضيف المادة رقم (١٦٢ - ٤) أن عملية الاجهاض يمكن أن تقرها السيدة الحامل بما أنها تجد نفسها فى موقف قد أشارت اليه من قبل المادة رقم ل - ١٦٢ . وهنا نجد أن السيدة الحامل هى التى تقدر النسبة بين عملية الاجهاض والخطر الذى تسعى الى تفاديه وقد أبحاث المادة (١٦٢ - ١٢) الاجهاض الإرادى للحمل إذا أقر طبيبان أن استمرار الحمل يعرض صحة الأم للخطر وإذا أقر بأن الجنين الذى سيولد سيكون به مرض خطير لا يقبل العلاج.

Borricand. Op. cit. P. 116.

(٢)

Cass. Crim. 31 janv. 1996. B., n. 57.

(٣) ومن الأمثلة التى تساق فى هذا الصدد إذا قتل شخصاً كلباً يعوى وراءه بدافع درء خطر الإصابة منه بمرض الكلب فى حين أن الكلب لم يكن من الكلاب التى تسبب ذلك المرض ، وكما إذا قاومت امرأة رجل السلطة العامة حين دعاها للتعرف على جثة يرجح أن تكون لقريبها متصورة أن من شأن ذلك أن يلحق ضرراً جسيماً بالجنين المستكن فى بطنها ... د / إبراهيم زكى أخنوخ ، مرجع سابق ، ص ١٨١.

٦٥- موقف الشريعة الإسلامية :

تطلب الشريعة الإسلامية أن يكون الخطر جسيماً وفي نصوص القرآن الكريم ما يدل على هذا الشرط ومن ذلك قوله تعالى " فمن اضطر في مخصصة غير متجانف لإثم فإن الله غفور رحيم" (٣) ففي هذا النص دلالة على اشتراط الخطر الجسيم من وجوه ثلاثة .

الأول : إن قوله تعالى " اضطر " معناه اقتل من الضرورة والضرورة مفعولة من الضرر ، أى الضرر البالغ الذى يؤدى إلى التلف أو الهلاك .

والثانى : كلمة " مخصصة " يقصد بها شدة الجوع وفي هذا معنى الإلجاء .

الثالث : إن مجرد الجوع لا يكفى لاعتبار الشخص مضطراً متى كان جوعه عادياً لم يبلغ حد التهديد - لذلك اشترط الفقهاء فى الإكراه الذى يبيح ارتكاب الخطر أن يكون ملجئاً (٤)

والشريعة الإسلامية تأخذ بالمعيار الشخصى فى تحديد مدى جسامه الخطر حيث أنها تشترط لكى يكون الإكراه قائماً أن يغلب على ظن المكره أنه إذا لم يجب إلى ما دعى إليه تحقق ما أوعده به ويجب أن يكون ظن المكره مبنياً على أسباب معقولة (١)

٦٦- (ثالثاً) كون الخطر حالاً :

يتطلب المشرع المصرى فى مصر وغيرها من الدول أن يكون الخطر

(١) سورة المائدة : الآية (٣) .

(٢) وذكره فى الإكراه الملجئ هو الذى يخاف فيه تلف النفس أو عضو من الأعضاء وغير الملجئ وهو الإكراه بالحبس والضرب اليسير والتقييد ، والأول معتبر شرعاً سواء كان على القول أو الفعل والثانى أن كان على فعل يسير فليس بمعتبر ويجعل كأن المكره فعل ذلك الفعل يعتبر إكراه ... الهداية : شرح بداية المهتدى ، مرجع سابق ، ص ٢٣٨ - د / يوسف قاسم ، مرجع سابق ، ص ١٨٣ .

(٣) المبسوط ، مرجع سابق ، ج ٢٤ ، ص ٥١ - د / محمد السعيد عبد الفتاح ، مرجع سابق ، ص ١١٨ .

المحقق للضرورة خطراً حالاً أو وشيك الحلول (٢).

أما الضابط في حلول الخطر هو أن يكون السير العادي للأمر مهدداً -
عل نحو يقينى أو محتمل - بأن يتحول الوضع الذى يواجه المتهم إلى مساس فعلى
يحق له ما لم يرتكب فوراً الفعل الذى من شأنه دفع هذا الخطر ، ويرجع فى تحديد
السير العادى للأمر إلى القواعد المستمدة من الخبرة العامة السائدة فى بيئة
المتهم (٣).

ويعد الخطر حالاً فى إحدى صورتين : إذا كان الإعتداء المهدد به وشيك الوقوع ،
وإذا كان الإعتداء قد بدأ ولكن لم ينته بعد (٤) .

لأن الخطر المنتهى الذى تحققه موضوعه أى الضرر لا يبرر الضرورة إذ
أن دفعه يصبح غير ذى موضوع . غير أن حلول الخطر لا يقيد حلول الضرر .
فالضرورة تتوافر بحلول الخطر الذى يهدد بوقوع ضرر ولو لم يقع ذلك فعلاً (٥) .

ونحن نرى أن معيار حلول الخطر هو معيار شخصى ينظر فيه بعين
الاعتبار للظروف الواقعية لشخص المكره فالقاضى عند تقديره ما إذا كان الخطر
حالاً أم لا يجب أن يبحث ظروف المتهم والملابس التى وجد فيها ، أى أن عليه
أن يضع نفسه فى موقعه ويقيس بمقياسه مراعيًا هذه الظروف مجتمعة .

وحلول الخطر لا يلزم أن يكون واقعياً وإنما يكفى أن يكون كذلك فى مخيلة
الفاعل بأن يعتقد هذا بناء على أسباب معقولة أن الضرر الجسيم المخوف نزوله
بالنفس وشيك حتى ولو لم يقع هذا الضرر بالفعل .

(١) على سبيل المثال المادة (٤٣) قانون العقوبات العراقى والمادة (٢٣٨) من قانون العقوبات
السورى والمادة (٢٢٩) من قانون العقوبات اللبنانى د/ محمد السعيد عبد الفتاح ، مرجع
سابق ، ص ١١٩ .

(٢) نقض ١٩٢٩/١١/٢٨ ، ومجموعة القواعد القانونية ، ج-١ ، رقم ٣٤٤ ، ص ٣٩١ - ١/٢١
١٩٣٥/ ، ج-٢ ، رقم ٣٢١ ، ص ٤١٤ .

(٣) د/ محمود نجيب حسنى ، مرجع سابق ، ص ٥٦٨ ، د/ ذنون الرجيو ، مرجع سابق ، ص
٢٠١ .

(٤) د/ مأمون محمد سلامة ، قانون العقوبات " القسم العامة " ، مرجع سابق ، ص ٣٧

ومن قبيل ذلك أن يأخذ شخص في عبور أحد الأنهار سباحة فتفاجئه عاصفة تصطحب بسببها مياه النهر مهددة إياه بالغرق فيلوذ بجزيرة في وسط النهر عليها كوخ مملوك لغيره ويخيل إليه أن مياه النهر ترتفع بسبب العاصفة وتهدد بالفيضان على الجزيرة واكتساح الكوخ ومن فيه فينتزع من الكوخ أعواداً ويصنع قارباً ليستعين به على العبور عند الطوفان غير أن الطوفان المرتقب لا يحدث. ففي هذه الحالة تعتبر جريمة إتلاف مال الغير واقعة في حالة الضرورة رغم أن الفيضان الذي تصور الفاعل أنه وشيك الوقوع لم يتحقق فعلاً^(١).

٦٧- موقف الشريعة الإسلامية:

كسوء الخطر حالاً فهو الشرط الثاني من إباحة المحظورات للمضطر ولعل في قوله تعالى " فمن اضطر غير باغ ولا عاد " إشارة إلى اشتراط حلول الخطر ولا ضرورة إلا إذا خاف على النفس أو على العضو ، حتى لو خيف على ذلك بالضرب وغلب على ظنه يباح له ذلك (ولا يسعه أن يصبر على ما توعد به ، فإن صبر حتى أوقعوا به ولم يأكل فهو آثم " لأنه لما أبيح كان بالامتناع عنه معاوناً لغيره على هلاك نفسه فيأثم كما في حالة المخصصة^(٢)).

(١) د / رمسيس بهنام ، مرجع سابق ، ص ٨١٦ - د / أحمد فتحي سرور ، مرجع سابق ، ص ٣٩٠ - د / جلال ثروت ، مرجع سابق ، بند ٤٣٤ ، ص ٤٣٧.

وينبغي أن تستند حالة الضرورة إلى خطر حالي أو وشيك مثال ذلك الشخص الذي يقوم ببغاء منزل خاص له دون الحصول على إذن بالبناء وذلك لأنه يعيش مع أسرته داخل أحد الأكواخ القديمة.

(Trib. Corr, col. Mar, 27 avril (1956 : D. 1956, 500)

غير أنه لا يكون هناك خطر حالياً أو وشيكاً في أغلب حالات الاستيلاء على المنازل والتي تستند نادراً إلى عدم وجود مأوى عاجل أو حقيقي.

Trib corr. Avesnes-sur Helpe, 19 nov. 1958. Jc P. 59, 2, 366

Note la platte. Angers 11 juill. 1957; D. 1958, 357.

ولمعرفة مثلاً على الخطر الافتراضي انظر

Cass.Crim 21 nov. 1974 Jc p 15, 11, 18, 143, note chambon.

(٢) ابن عابدين جـ ٥ ، ص ١٩٠.

ولعل في قوله تعالى " غير باغ " يتضمن أن الذي يرتكب المحرم من أجل خطر غير موجود يعتبر باغياً ومتعدياً حدود الله عز وجل^(١)

ويستفق القانون المصري مع فقهاء الحنفية والشافعية في اشتراط أن يكون الخطر عاجلاً وليس أجلاً ولقد ذهب بعض الفقهاء^(٢) إلى الدفاع عن عدم اشتراط حلول المهدد به لأن مبنى الإكراه على إنعدام الرضا الذي يحدث من جراء الخوف عند المكره ، والخوف يحدث ولو كان المهدد به مؤجلاً وإذا حدث الخوف انعدم الرضا وإذا انعدم الرضا تحقق الإكراه ، فالإكراه يتحقق ولو لم يكن المهدد به حالاً. ونحن نختلف مع الرأي السالف في عدم اشتراطه لحلول الخطر لأن حلول الخطر هو الذي يجعل المكره خائفاً ملجئاً محمولاً إلى الفعل كما أن المهدد بخطر مؤجل لديه من الوسائل ما يكفي لدفع الخوف وإزالته سواء بالهرب أو اللجوء أو السلطات العامة أو قيامه بدفع هذا الخطر بعد الترتيب والإعداد لهذا الدفع.

(١) يوسف قاسم ، مرجع سابق ، ص ١٩٠.

" فمن اضطر غير باغ ولا عاد " أي في غير بغى ولا عدوان وهو مجاورة الحد فلا إثم عليه. وقال مجاهد فمن اضطر غير باغ ولا عاد قاطعاً للسبيل أو مفارقاً للأئمة أو خارجاً في معصية الله فله الرخصة ومن خرج باغياً أو عادياً أو في معصية الله فلا رخصة له وإن اضطر إليه وكذا روى عن سعيد بن خبير ، وقال سعيد في رواية عنه - ومقاتل بن حيان : غير باغ - يعنى غير مستحلة ، وقال السدى غير باغ يبتغى فيه شهوته ، وقال آدم أبى إياس حدثنا صمره عن عثمان بن عطاء وهو الخراساني عن أبيه فقال لا يشوى من الميتة ليشتهيها ولا يطبخه ولا يأكل إلا العلقة ويحمل معه ما يبلغه الحلال فإذا بلغه القاه وهو قوله (ولا عاد) ويقول لا يعدو به الحلال وعن ابن عباس لا يشبع منها وفسره السدى بالعدوان وعن ابن عباس " غير باغ ولا عاد " قال " غير باغ " في الميتة ولا عاد في أكله. وقال قتادة ومن اضطر غير باغ ولا عاد قال غير باغ في الميتة أي في أكله أن يتعدى حلالاً إلى حرام وهو يجد عنه مندوحة وحكى القرطبي عن مجاهد في قوله فمن اضطر أي أكره على ذلك يعتبر اختياره ... تفسير القرآن العظيم ، ابن كثير القرشي الدمشقي ، ج ١ ، ص ١٩٥.

(٢) ذكرى البرديسى ، مقال سابق ، ص ١١ - د/ محمد السعيد عبد الفتاح ، مرجع سابق ، ص

وتقدير حلول الخطر أو عدم حلوله هو من الأمور الموضوعية المتعلقة بوقائع الدعوى - كما هو الحال بالنسبة لشرط جسامه الخطر.

٦٨- (رابعاً) ألا يكون لإرادة الفاعل دخل في حلول الخطر:

يقصد بهذا الشرط ألا يكون الفاعل قد تعمد خلق الوضع المهدد بالخطر ثم ارتكب الجريمة للخلاص منه ، كما في حالة من يشعل النار عمداً في مبنى ثم يضطر في سبيل الخروج منه والنجاة بنفسه إلى ارتكاب جريمة^(١).

وهذا الشرط مفهوم بذاته إذ أن من يرتكب جريمة لدفع خطر أنشأه عمداً يكون قد توقع هذا الخطر قبل حلوله وكان في إمكانه أن يتدبر وسيلة مشروعة للخلاص منه ، فإن هو لم يفعل وانتظر حلول الخطر ثم ارتكب في سبيل دفعه جريمة تعذر القول بأن إرادته كانت مسوقة إلى هذه الجريمة ولا يقبل منه بالتالي الإدعاء بأنه كان ضحية إكراه معنوي أو حالة ضرورة^(٢).

فالفاعل الذي يشعل النار في مسرح عمداً فيدب الذعر بين رواده ويندفعون في سرعة نحو باب الخروج. فيضطر هو إلى سحق واحداً منهم وإحداث عاهة به أثناء السعي إلى شق طريق النجاة لنفسه ، ليس له أن يتحلى بحالة الضرورة في سبيل تبرير جريمته لأنه هو الذي أوجد بإرادته الخطر الذي أفضى إلى هذه الجريمة.

(١) أشارت تعليقات الحاقية على نص المادة (٦١) عقوبات الى مثال آخر إذ ورد بها أن ما جاء في هذا النص من قوله " ولم يكن لإرادته دخل في حلوله قد قصد به الحالة التي ياتر فيها الجاني مع آخرين لارتكاب جريمة ثم يدعى انه لم يكن يقصد في آخر لحظة اتيان الجريمة ولكن عاقبة الآخرون عن الامتناع "

(٢) د / عمر السعيد رمضان ، مرجع سابق ، بند ١٨٦ ، ص ٣٠٦.

- ويذهب البعض إلى القول بأن هذا التعليل لا يتفق إلا مع اعتبار حالة الضرورة كالإكراه المعنوي سبباً لامتناع المسؤولية ولكنه لا يصلح مع النظرية الصحيحة لحالة الضرورة بوصفها من أسباب الإباحة المسؤولية ولكنه لا يصلح مع النظرة الصحيحة لحالة الضرورة بوصفها من أسباب الإباحة.

- والعلة الحقيقة لهذا الشرط في حالة الضرورة أن المشرع المصري وهي بسبيل المقارنة بين المصلحتين المتصارعتين من أجل اختيار المصلحة الأجدر بالرعاية قد رأى استبعاد المصلحة التي تعمد صاحبها أن يعرضها للخطر لأنه اعتبر أن هذه المصلحة أقل رعاية ... د / احمد فتحي سرور ، مرجع سابق ، بند ٢٢٨ ، ص ٣٩١.

وقائد السيارة الذي يلحظ آخر يريد أن يسبقه ، فيصر على أن يكون هو السابق بأى ثمن ، ويضاعف من سرعة السيارة وإذا يحس بأن سيارة القائد الآخر على وشك أن تصطدم بسيارته ، ينحرف إلى اليمين فجأة لتفادى التصادم فيرتطم بأحد المارة ويقتله ليس له أن يتمسك بحالة الضرورة ، لأن الجريمة التي وقعت منه وهو القتل الخطأ ارتكبت لدرء ضرر جسيم على نفسه وهو الذي أوجد بإرادته خطر وقوعه^(١) .

وحكم بأنه لا يجوز التذرع بحالة الضرورة لتبرير عمله إذا كان هو نفسه قد سبب خطراً يهدده. وعليه فإنه لا بد من إدانة سائق الشاحنة الذي قام بتعطيم أحد الحواجز المرورية ثم قرر أن يكسر الحاجز الثانى حتى يتسنى له النجاة من خطر وشيك قادم وهو وصول أحد القطارات^(٢) .

وحكم بأنه ليس للإنسان أن يرتكب أمراً محرماً ثم يقارف جريمة فى سبيل النجاة مما أحدثه بيده ، وبأنه إذا قدم المتهم رشوة ليتخلص من جريمة الإخفاء التي ارتكبها. فليس له أن يحتج بحالة ضرورة ألجأته إلى دفع رشوة تخلصه من خطر القبض عليه^(٣) .

وينتقد بعض الفقهاء فى فرنسا هذا الشرط. ويبدو أن القضاء الذى وضع الشرط بالنسبة للإكراه قد وضعه فى حالة الضرورة ويعتبر هذا الشرط موقفاً موضوعياً ينبغى أن يحدد عن طريق الرجوع إلى التصرف السابق للجانى قبل ارتكاب الفعل^(٤) .

(١) Nantes, 12 nov. 1959. J. C. P. 1959. II. 10041; colmer, 27 avr. 1956. J.C.P. 1957. II. 10041.

(٢) Rennes, 12 avril 1954 : S. 1954, 11, 185. ; crim 28 juin 1958, Prec. N. 1.

(٣) نقض ١٣/٣/١٩٦١ ، مجموعة أحكام محكمة النقض ، س ١٢ ، رقم ٦٣ ، ص ٣٣٠ - نقض ٧/١١/١٩٦٠ ، س ١١ ، رقم ١٤٨ ، ص ٧٧٤ - نقض ٢٨/١١/١٩٦٧ ، س ١٨ ، رقم ٢٥٢ ، ص ١١٩٦ .

Borricand, Op. cit. 176.

وقد ثار البحث هل يشترط أن يكون المتهم قد تسبب عمداً في حصول الخطر أم يستوى في ذلك العمد والخطأ غير العمدى ؟ .

يذهب الفقه وبحق إلى أن عبارة المادة (٦١) غير دقيقة فهي تشترط لقيام حالة الضرورة ألا يكون لإرادة الفاعل دخل في حلول الخطر وإذا أخذت هذه العبارة بظاهرها فإنها تتسع للقول بإنتفاء حالة الضرورة كلما نجم الخطر عن فعل أتياه الفاعل عن وعى وإرادة وهو ما يؤدي في النهاية إلى القول بأن الخطأ ينفي الضرورة لأن العمد والمخطأ كلاهما يرتكبان الفعل عن وعى وإرادة وهذا القول يضيق من نطاق الضرورة إلى حد كبير وقد استعان الفقه في استكشاف قصد المشرع بالصيغة الفرنسية للنص فهي تشترط لانطباق حكم الضرورة ألا يكون الفاعل قد تعمد إحداث الخطر.^(١)

وعلى هذا فقد ذهب الفقهاء إلى أن العمد وحده هو الذي ينفي حالة الضرورة أما الخطأ فلا ينفيها ولو كان جسيماً^(٢) .

فإذا أشعل الشخص ناراً ليتدفى بها فامتدت النار إلى المكان فبادر بالفرار فأصاب شخصاً فلا عقاب عليه بالنسبة للإصابة لأنه وإن أشعل النار عمداً إلا إنه لم يقصد إحداث الخطر فلا تتنقى حالة الضرورة من جانبه.

وجمهور الفقهاء يتفق إجماعه على أن الخطأ لا ينفي الضرورة سواء كان مرجعه إلى عدم التبرير أو إلى عدم التحوط^(٣) .

(1) Art. 122 - 7 - N'est pas pénalement responsable la personne qui, face à un danger actuel ou imminent qui menace elle - même , autrui ou un bien, accomplit un acte nécessaire à la sauvegarde de la personne ou du bien , sauf s'il dis proportion entre les moyens employés et la gravité de la menace .

(٢) د / عوض محمد ، مرجع سابق ، ص ٥١٠ - د / إبراهيم زكى أخنوخ ، مرجع سابق ، ص ٢٠٤ .

(٣) د / مأمون محمد سلامة ، مرجع سابق ، ص ٣٧٠ - د / على راشد ، المدخل وأصول النظرية العامة ، مرجع سابق ، ص ٣٥١ - د / محمود محمود مصطفى ، مرجع سابق ، بند ٣٣٢ ، ص ٤٨١ .

غير أن البعض^(١) يذهب إلى إلحاق الخطر المتبصر أو المصحوب بالتوقع - بالعمد ويعطيه حكمه^(٢) . وهذا الرأي منتقد من وجهين :

الأول : أن القانون جعل المناط في انتفاء حالة الضرورة هو العمد والخطأ مع التوقع لا يعتبر عمداً.

والثانى : أن الفاعل إذا توقع حدوث الخطر فإنه يعتمد على إحتياطات ويعتقد جدواها أى إنه لا يتوقع نشوء الخطر فإذا نشأ الخطر رغم ذلك تحققت المفاجأة التى تجعله غير قادر على درئه بفعل غير الذى ارتكبه^(١) .

وأخيراً : يلزم ألا يكون الخطر مشروعاً أو بحد تعبير القانون ألا يتوجب على المدعى عليه قانوناً أن يتعرض للخطر وهو ما يتحقق فى حالة المحكوم عليه بالإعدام أو المأمور بالقبض عليه أو احتجازه إذ لا يجوز لأيهما التعلل بالضرورة

(١) رمسيس بهنام ، مرجع سابق ، ص ٨١٧ - د/ عبد الوهاب حومد ، مرجع سابق ، ص ٢٧٦ - د/ محمد سامى النبراوى ، مرجع سابق ، ص ٤٢٦ .

(٢) مثال ذلك من يتحرش بكلب عقور وهو عليم بخطورته فلما ينقض عليه يلجأ إلى قتله دفاعاً عن النفس أو أن يقوم شخص بإجراء تجربة علمية وهو لعلمه بأنها قد تحدث انفجار ويقوم باتخاذ احتياطاته لمنع حدوث الانفجار ولكن الانفجار يحدث نظراً لأن هذه الاحتياطات لم تكن كافية وإنما اعتقد هو بكفايتها.

(٣) وجرى الفقه الفرنسى على التمييز بين نوعين من الخطأ غير العمدى : الخطأ الواعى والخطأ غير الواعى : والخطأ غير الواعى (L'imprevoyance inconsciente) أو الخطأ البسيط (La faute simple) يتوافر فى الحالات التى لا تتجه فيها إرادة الفاعل لا إلى الفعل ولا إلى النتيجة التى تترتب عليه إذ يحدث الفعل وتترتب عليه آثاره الضارة نتيجة إهمال الفاعل أو عدم انتباهه ، ويكمن الاذنب فى الإهمال الذى أدى إلى حدوث الفعل والنتيجة.

أما الخطأ الواعى فيتمثل فى إرادة السلوك المخالف للقانون دون إرادة التوجه الإجرامية المترتبة عليه : فالفاعل يتوقع خطورة تصرفاته لما قد تحدثه من إثارة ضارة ومع ذلك لا يرغب فى حدوث هذه الإثارة فهناك إرادة متجهة إلى إحداث السلوك الخطر مع الوعى بخطورته دون إرادة نتائجها ... د / محمد كبشيش ، تطور نظرية مضمون الخطأ غير العمدى فى قانون العقوبات الفرنسى ، دار النهضة العربية ، بدون تاريخ ، بند ٥ ، ص ٢٠ .

لدرء الخطر الجسيم الحال المهدد به لأنه ملزم قانوناً بتحملة ونفس الأمر بالنسبة لرجل الإطفاء (٢) .

٦٩- موقف الشريعة الإسلامية :

تتفق الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي في تطلبها لمثل هذا الشرط ولقد ورد هذا في كتاب الله إذ يقول سبحانه وتعالى " فمن اضطر في مخمصة غير متجانف لإثم فإن الله غفور رحيم " (١)

(٢) د/ محمود نجيب حسنى ، مرجع سابق ، بند ٦٢ ، ص ٥٧١ - د/ مأمون محمد سلامة ، مرجع سابق ، ص ٣٧١ - د/ محمد زكى أبو عامر ، مرجع سابق ، ص ١٧٣ - د/ حسنى الجندى ، مرجع سابق ، ص ٣٧١ .

Jeandidier, Op. cit. P. No. 271. P. 297.

ويثار فى هذا الصدد الإكراه بالأمر المحض الصادر من رئيس إلى مأمور أو من أمر إلى مأمور.

فالأمر بالجريمة كما جاء فى فوستن هلى أما أن يصدر عن قائد جند إلى جنده وأما من صاحب منصب مدنى إلى من هم برئاسته وأما من أبى إلى بنيه وإما من زوج إلى زوجته. وقد اعتبرت جماعة من القانونيين الطاعة العسكرية وعذروا عليها ولم يجدوا فى سواها ما وجدوا فيها من وجوب الانقياد فأعظموا العواقب التى تحصل عنها لأن العساكر ليسوا إلا آلات صماء فى أيدي رؤسائهم فما وقع من مسامعهم داعى الأمر والنهى إلا اصابعهم على قدم الطاعة ملين. تريد تلك الجماعة إثبات صحة الإكراه القانونى للجند كما لساثر الناس وأن المسئول المطالب إنما هو الأمر وأنه لو أبى الجندى الامتنال لآتى جريمة شق العصا وركب العصيان. هذا مؤدى رأيهم. وقد سفه هذا رأى لأن الرجل وإن غلا فى طاعته والاستسلام لا يصح أن يصير أداة صماء وأن التبعية عليه هى أبدا من كليات وجوده ومن جوهريات عيشه وليس من طاقة أحد أن يوجب عليه بذل ضميره وذمته ثم أى واجب معقول يقضى عليه بارتكاب الجناية وأى قانون حق يأمره بوطئ الشرائع والقوانين ، فالجندى الذى أتى جنابة بأمر قائده جنابة لا يحللها الله ولا يرضاهما العدل خليف بأن تقع عقوبتها على عنقه وهذا الحكم يتمشى أيضا على تنفيذ الأحكام والأوامر القضائية على شرط أن يكونوا مندوبين قانونا إلى إنفاذها. فإذا لم يكن الأمر معدا للإجراء لفوات بعض صيغ وصور قانونية فإجراؤه من قبل أن تدخل تلك الصور عليه ذنب يعاقب عليه . مثلا أمر قاضى محضرا وضبط رجل وسجنه دون أن تلقى على الأمر الصيغ القانونية المتبعة ولم يكن ثمة تلبس بالجنابة ففعل عد ضبط الرجل وسجنه على هذه الصورة ذنبا يؤخذ به المحضر ومأمور السجن معا فضلا عن الأمر ... أمين أفندى أفرام البستاني ، مرجع سابق ، ص ١٩٦ ، د/ إبراهيم زكى أخنوخ ، مرجع سابق ، ص ٢١٥ .

(١) سورة المائدة الآية (٣)

وقد قال المفسرون : إن معنى قوله " غير متجانف لإثم " غير مائل إليه والمقصود بذلك إقرار الإثم إذ المجانفة هي الظلم ، أو هي الميل عن الحق عمداً وعلى هذا يمكننا أن نقول أن المراد من مجانفة الإثم في الآية قصد ارتكاب الإثم عمداً^(١) .

وتبين من هذا أن الله - سبحانه وتعالى - يتيح الفرصة إتيان فعل الضرورة في حالة المخصصة بشرط ألا يكون المضطر قد تعدد إحداث الخطر لأن من يعتمد إحداث الخطر لا يكون مضطراً في نظر الشريعة وقياساً عليه فإن المكروه الذي يتدخل بإراداته عمداً في إحداث الخطر لا يستفيد من الإعفاء من المسؤولية^(٢) .

(٢) د/ يوسف قاسم ، مرجع سابق ، ص ١٧٠ .

(٣) د/ محمد السعيد عبد الفتاح ، مرجع سابق ، ص ١٢٧ .

المطلب الثانى

شروط جريمة الضرورة

٧٠- تحديدها :

أوردت المادة (٦١) عقوبات شروط فعل الضرورة فى قولها " ... ولا فى قدرته منعه بطريقة أخرى " ويتبين من ذلك أن المشرع يتطلب فى فعل الضرورة...
أولاً : ألا يكون فى قدرة المضطر منع الخطر بوسيلة أخرى (شرط اللزوم)

ثانياً : أن يكون الفعل متناسباً مع الخطر المراد اتقاؤه (شرط التناسب)

ونرى فيما يلى ما إذا كان القانون يتطلب بالإضافة إليهما شروطاً أخرى :

٧١- (أولاً) اللزوم :

يشترط القانون لاعفاء المضطر من العقاب ألا يكون فى قدرته منع الخطر بطريقة أخرى (م ٦١ ع) . وهذا يعنى أن يكون الفعل متعيناً لدرء الخطر فإذا أمكن درؤه بمباح لم يجز ارتكاب الجريمة ، وإذا أمكن درؤه بجريمة لم يجز درؤه بأشد منها ، لأن الضرورة إنما تقدر بقدرها^(١) .

وقد عبرت عن ذلك محكمة النقض المصرية حين قضت بأنه إذا هرب شخص قبض عليه بدون وجه حق وأخذ ينطلق فى الطريق فدفع أحد المارة بقوة ، بحيث ألقاه على سيارة تصادف مرورها عرضاً فصدمته وأحدثت به إصابات أودت بحياته ، فإن هذا الفعل لا يعتبر ضرورياً لأنه يشترط فى حالة الضرورة " أن تكون الجريمة التى إرتكبها المتهم هى الوسيلة الوحيدة لدفع الخطر الحال به . وما كان فراره من مركز الشرطة ليسوغ له أن ينطلق فى الطريق ويدفع المارين بتلك الدفعة التى ألفت المجنى عليه فى طريق السيارة بعرض الطريق^(٢) " .

(١) د/ عوض محمد ، مرجع سابق ، بند ٣٩٠ ، ص ٥١٣ .

(٢) نقض ١٩٦٣/٣/٣٠ ، ومجموعة أحكام محكمة النقض ، س ١٥ ، رقم ٤٥ ، ص ٢٢١ .

ومن أمثلة ذلك أيضا ما قرره القضاء الفرنسي فيما يخص الفعل الذي ارتكبه الشرطي الذي أطلق رصاصة على الأرض أصابت بطريقة غير مباشرة فردا مسلحا كان قد حاول استخدام سلاحه أولا وكان في حالة ثورة كبيرة ورأت محكمة الاستئناف أن الشرطي في حالة ضرورة ملحة وحقيقية وكان يريد فقط تخويف هذا الشخص المسلح عن طريق إطلاق رصاصة على الأرض وأن الفعل الذي قام به الشرطي يتناسب مع الخطر الذي كان يسببه هذا الشخص المسلح وكما رأت أيضا من خلال الضربات والإصابات أن المتهم قد ارتكب فعلا ضروريا لا يشوبه أي خطأ (١) .

ويتفرع اللزوم إلى عنصرين :

٧٢ - (أ) اللزوم الكيفي للفعل :

وهو يتطلب قيام علاقة بين الخطر والفعل والعلاقة هنا علاقة سببية موضوعية مردها اتجاه الفعل في ذاته بحيث يستهدف منع تحقيق الخطر (٢) .

وعلة هذا العنصر حرية الاختيار لا تنتقص إلا لإحساس المتهم بتهديد الخطر وحرصه على درئه . فما يكون من شأن فعله درء الخطر تنتقص بالنسبة له حرية الاختيار وما لا يكون كذلك لا يكون مرتكبا جريمته تحت تأثير التهديد بالخطر (٣) ويخرج من نطاق الضرورة إذ كل فعل ليس من شأنه درء الخطر وإذا ارتكبه المضطر كان جديراً بالعقاب مثال ذلك أن يكون في وسع طالب كلية الطب

(١) Cass . Crim , 16 juill . 1986 : D- arrêts , note Dekeuwer

1988 , 390,2 e

ومن أمثلة ذلك رفضت محكمة النقض الفرنسية الطعن على حكم صدر بإدانة أحد معاوني الصحة بتهمة ممارسة مهنة دون تصريح كان قد أجرى عملية جراحية لسيدة ادعى بضرورة مباشرتها قبل الولادة لانه ثبت للمحكمة أنه لا توجد ضرورة عاجلة لاجراء الولادة .

Crim , 28 mai , 1891 , D . p . 1892 . 1. 195 .-

(٢) إبراهيم زكي اخنوخ ، مرجع سابق ، ص ٢٦٦ .

(٣) د/ محمود نجيب حسنى ، مرجع سابق ، ص ٢٧٣ ، د/ حسنى الجندى ، مرجع سابق ، ص ٣٧٢ .

نقل المريض إلى أقرب مستشفى ولكنه يقوم بإجراء عملية جراحية لإنقاذه (١) أو أعمال الإنتقام كما لو أشعل الشخص حريقاً في مسرح فحاول الآخر قتله بدلاً من أن يلوذ بالفرار وقد قضت محكمة النقض بعدم مشروعية الفعل الصادر من المالك بضرب السارق إذا وقع هذا التعدي بعد استرداد المالك لما سرقه منه (٢) .

ومتى كان ارتكاب الجريمة هو الوسيلة الوحيدة للخلاص من الخطر الجسيم الذي يهدده ، فيستوى أن تكون هذه الجريمة عمديه أو غير عمديه ، كسائق السيارة الذي يضطر إلى الصعود على الرصيف لتفادي الصدام بأطفال يجرون أمامه ، مما يؤدي إلى إصابة شخص كان يسير على الرصيف ، ورجل المطافئ الذي يقود سيارته بسرعة لإنقاذ سكان منزل يحترق إذا تسبب في إصابة أحد أثناء سيره (٣) .

وإذا كان الهرب متاحاً لمن تعرض للخطر الجسيم ، فعليه أن يسلكه قبل أن يلجأ إلى ارتكاب الجريمة فلا يجوز لمن أتاحت له وسيلة مشروعة للتخلص من الخطر أن يتركها ويفضل ارتكاب فعل يعاقب عليه القانون لأنه إن فعل هذا تكون إرادته قد اتجهت إلى الجريمة عن حرية واختيار (٤) .

ويرجع في تحديد اللزوم إلى معيار موضوعي واقعي قوامه الشخص المعتاد وكذلك ما يتصل بظروف الدعوى كما أن قاضي الموضوع مطالب في هذا التقدير بأن يعمل حساباً لظروف المتهم الخاصة ولما أحاط به من ملابسات (٥) .

٧٣- (ب) اللزوم الكمي للفعل :

بأن يكون فعل الضرورة هو الوسيلة الوحيدة للتخلص من الخطر أما إذا كان لدى الفاعل وسائل أخرى غير ارتكاب الجريمة لدفع الضرر الناتج عن حالة الضرورة فلا تتعدى المسؤولية لأن حرية الاختيار مازالت قائمة لديه . فإرادته حين

(١) نقض ١٩٦٨/٢/٢٠ ، ومجموعة أحكام النقض ، س ١٩ ، رقم ٤٦ ، ص ٢٠٤ .

(٢) نقض ١٩٥٦/١١/١٦ ، س ٧ ، رقم ١١٢ ، ص ٥٧٣ .

(٣) د/ أحمد فتحي سرور ، مرجع سابق ، ص ٣٩٥ .

(٤) د/ عمر السعيد رمضان ، مرجع سابق ، ص ٣٠٨ .

(٥) د/ علي راشد ، المدخل وأصول النظرية العامة ، مرجع سابق ، ص ٣٥٢

في هذا المعنى Cass. Crim sept . 1999 , Bin 193

يُقدم على الفعل المكون للجريمة لم تفقد حرّيتها بالقدر الذي يجعلها غير معتبرة قانوناً فالفاعل لا يكون في حالة ضرورة إذا كان بإمكانه تفادي الضرر بغير الالتجاء إلى الجريمة المقترفة من قبل الفاعل لاتقاء حالة الضرورة شخصية واحدة أو عدة أشخاص^(١) .

فتشوب حريق في أحد المباني ومحاولة أحد الأشخاص الهروب من الباب الرئيسي فمنعه الحارس وطلب منه الهروب من البوابة الفرعية المعدة للهروب في حالات الطوارئ ولكنه ضرب الحارس وأصابه بجروح بليغة ، وخرج من الباب الرئيسي فان المسؤولية الجنائية لا تنتفي لأنه كان لديه وسيلة أخرى غير ارتكاب الجريمة لتفادي الخطر الناشئ عن حالة الضرورة .

وقد عبرت بعض الأحكام الفرنسية عن هذا الشرط بالاكتفاء بأن تكون الجريمة هي (أفضل وسيلة) لتحقيق الهدف وهو الخلاص من الخطر وواقع الأمر أنها يجب أن تكون الوسيلة الوحيدة لدرء الخطر^(٢) .

٧٤- التناسب :

لم يرد ذكر هذا الشرط صراحة في المادة (٦١ع) ولكنه شرط يقضيه القول بامتناع مسؤولية المضطر^(٣) .

(١) د/ محمد على السالم عياد الحلبي ، مرجع سابق ، ص ٤٠٣ .

(٢) د/ أحمد فتحي سرور ، مرجع سابق ، ص ٣٩٥ .

(٣) وقد اختلف الفقه المصري في مدى لزوم هذا الشرط فمن الفقهاء من أوجبه باعتباره من طبيعوية الضرورة بحيث تكون الجريمة المرتكبة أمون ماكان يمكن للفاعل أن يرتكبه بحسب ما كان في متناولته من الوسائل مثال ذلك الشخص الذي يجد نفسه مهددا بسقوط أصابعه من التجمد فينتزع كتابا أثريا قيما يستعين به في إشعال النار والحصول على الدفء إذا لم يكن أمامه ورق سوى هذا الكتاب ويعتبر اتلافه للكتاب جريمة واقعة في حالة الضرورة مهما كان رأي صاحب الكتاب أو غيره حول قيمة الكتاب المحروق وكونها تفوق بأضعاف قيمة أصابع الشخص الذي أحرقه ... ومن أنصار هذا الاتجاه د/ رمسيس بهنام ، مرجع سابق ، ص ٨١٨ ، د/ محمود نجيب حسنى ، مرجع سابق ، بند ٦٢٦ ، ص ٥٧٤ - ، د/ مأمون محمد سلامة ، مرجع سابق ، ص ٣٧١ .

ومن اهل هذا الشرط أخذا بظاهر النص ... د/ عمر السعيد رمضان ، مرجع سابق ، بند ١٨٧ ، ص ٣٠٩ ، د/ عوض محمد ، مرجع سابق ، ص ٥١٨ .

والتناسب في الضرورة ليس أمراً مفترضاً أو تلقائياً بل إن الفاعل ملزم بأن يحقق توازناً صحيحاً بين المصالح المتصارعة ، أى الموازنة بين الحق الذى يحميه المضطر والحق الذى يضحى به أو بين الضرر الذى يدفعه والضرر الذى يوقعه وإذا لم يتوافر شرط التناسب فلا قيام لحالة الضرورة مثال ذلك الطبيب الذى فى عملية ولادة عسرة . يقتل الأم إنقاذاً للطفل .

ولا يجوز لقائد السيارة الذى ينحرف يساراً لتفادى قتل أحد المارة أن يتسبب فى قتل عدد من الأشخاص (١) .

وقد ذهب القانون الفرنسى فى نص المادة ١٢٢ - ٧ عقوبات والذى يستبعد حالة الضرورة إذا كان هناك عدم تناسب بين الوسيلة المستخدمة ومدى خطورة التهديد ... " وهو مطابق لنص المادة ١٢٢ - ٥ والخاص بالدفاع الشرعى .

ومثال ذلك تراخى المستأجر فى البلاغ بعد انتهائه من تركيب التيار الكهربائى وتوصيله لأجل عائلته وفى سبيل هذا يقوم بإتلاف السور الخشبي الذى أسسه مالك العقار ليمنع الدخول الى الأماكن الغير مسموح دخولها بالعقار (٢) .

وفى المقابل لا يستطيع مدير الشركة تبرير ارتكابه لجريمة التزوير والتى تضر بالاقتصاد العام وذلك لكى يتجنب قطع البضائع والمشكلات التجارية المترتبة على ذلك (٣) .

والسؤال الذى يثار فى هذا الصدد ما الحكم لو حدث إخلال بشرط التناسب أى لو استخدم الفاعل وسيلة إجرامية أشد ، وكان فى وسعه أن يدرأ الضرر المخوف وقوعه بوسيلة إجرامية أخف كانت توجد هى الأخرى فى متناول يديه ؟ والواقع أن الإخلال بشرط التناسب لم يعالجه المشرع المصرى إلا فى حالة

(١) د/ حسنى الجندى ، مرجع سابق ، ص ٣٧٤ .

(2) Cass. Crim , 4 Janv 1956 , B,n09

(3) Des portes Gunehec Francis, op . cit. No. 749. P. 641

حاصلة هي حالة الدفاع الشرعى (٤) .

ولا شك أنه فى حالة الإكراه المعنوى يلاحظ مركز الجانى وضيق حريته فى الاختيار فإذا كان الخطر يهدده شخصيا أو يهدد أحد أقاربه الأقربين كابنه أو أبيه ، فالغريزة الطبيعية تقتضى عليه كما تقتضى على كل من كان فى مركزه بأن ينجى نفسه أو ابنه أو أباه ، إذن فلا مسئولية عليه أما إذ كان الخطر يهدد شخصا ليست له هذه القربى فيجب الموازنة ويختار أهون الضررين وعند التجاوز لا يعفى من المسئولية .

وهذا بخلاف الحال فى بعض الظروف الاستثنائية كما فى حالة الحرب مثلا تفرض التضحية على الأفراد . وفى هذه الحالة تعلو مصلحة الوطن على أية مصلحة فردية فلا يعذر من يضحى بالجنود فى سبيل تنجية نفسه أو عزيز لديه (١) .

٧٥- موقف الشريعة الإسلامية :

يشترط فى الفعل الذى يدفع به خطر الضرورة أن يكون هذا الفعل لازماً لدفع الخطر . وهو شرط تفرضه القواعد العامة فى الفقه الإسلامى . ولكن إذا وجد الخطر الجسيم - وكان هنالك إعلان أمام المضطر أحدهما مباح والثانى محرم فإن

(١) المشروع الإصالى قد عالج الإخلال بشرط التناسب فى نص عام لا يقتصر حكمه على الدفاع الشرعى وإنما يشمل كذلك حالة استخدام الحقل وحالة أداء الواجب وحالة الضرورة وهو نص المادة (٥٥) . ويقرر هذا النص على عاتق فاعل الجريمة المخلة بشرط التناسب فى حالة الضرورة ، مسئولية عن جريمة غير عمدية ، إذا كان القانون المعنوى يجعل من الحدث الواقع جريمة ولو كان غير متعمد وشرط ذلك ألا يكون قد حدث تعد لحالة الضرورة من حيث حدها المعنوى وأن يكون التعدى حادثاً فى الحد المادى وحده . أما إذا حدث التجاوز بقصد آخر يختلف عن قصد مواجهة الضرورة فتعتبر الجريمة عمدية .

والرأى الحديث فى الفقه الألمانى فيذهب الى اعتبار الجريمة عمدية ... رمسيس بهنام ، مرجع سابق ، ص ٨٢٠ .

(٢) د/ محمود محمود مصطفى ، مرجع سابق ، ص ٤٨٣ ، د/ محمد السعيد عبد الفتاح ، مرجع سابق ، ص ١٣٢ .

حالة الضرورة على الرغم من قيامها لا تكون متوقفة على فعل محرم ، وهنا يكون الفعل المحرم غير لازم . لوجود فعل آخر مباح يمكن تفادى الخطر بالالتجاء إليه ^(١).

كما يشترط في الفعل اللازم لدفع خطر الضرورة أن يكون متناسباً مع هذا الخطر بمعنى الإيخاف المكره المكره بأن يأتي بفعل غير الذي أكره عليه أو يزيد على الفعل المطلوب أو ينقص منه لأن المكره إذا أتى شيئاً من هذه الأشياء الثلاثة كان طائعاً فيما أتى به فلا يكون مكرهاً إذ لا إكراه إلا حيث يأتي المكره بما قهر عليه امتثالاً لأمر المكره وخوفاً مما هدد به فلو أكره انسان آخر على طلاق امرأته ثلاثاً فطلقها واحدة فهذه الصور الثلاث التي تدل على مخالفة المكره بالتغاير في الفعل أو بالزيادة عليه أو النقصان عنه ليست بالإكراه في شيء ^(١).

ولو أكره شخص على أن يقتل عبد هذا الرجل عمداً أو يأخذ مال هذا الآخر

(١) د/ يوسف قاسم ، مرجع سابق ، ص ٢٠٣ .

وفى هذا الشرط ينعقد عليه إجماع الفقهاء وهو أن يكون المهدد به أشد خطراً على المكره مما حمل عليه فلو هدد إنسان آخر وصفه على وجه أن لم يتلف ماله لم يكن المكره من نوى المروءات ولا من سادة الناس ووجهائهم لا يعد هذا إكراهاً لأن الصفع على الوجه أقل خطراً من إتلاف المال .

ومراعاة النسبة بين المكره عليه والمهدد به قدر متفق عليه بين الفقهاء لأن ضابط تحقق الإكراه كل ما يؤثر العاقل الأقدام عليه خوفاً من المهدد به أما إذا قال إنسان لآخر اقتل نفسك وإلا فقتلك لا يعد هذا إكراهاً لأنه لا يترتب على قتل النفس الخلاص مما هدد به ... د/ محمد السعيد عبد الفتاح ، مرجع سابق ، ص ١٣١ .

(٢) محمد علي محجوب ، مقال سابق ، ص ٧٥ .

وعند الشافعية أن الرجل لو أكره آخر على أن " يطلق امرأته أو عتق عبده ففعل " ، فالطلاق يقع لأن الإكراه لا يعمل في أشياء منها الطلاق ، والعتق ، والنكاح ، والرجعة ، أما الملكية فما ينطق به فلا اعتبار لمخالفة المكره . فهم لا يرون اشتراط عدم المخالفة ولذلك من أكره على طلاق امرأته أو أكره على عتق عبده فطلق زوجته لا يقع طلاق في الظاهر لأنه كالمجنون .

أما الحنفية والحنابلة فقد اعتبروا هذا الشرط بالنسبة لتقارير الفعل الذي أكره عليه أو الزيادة عليه فجعلوا الآتيان يغير ما أكره عليه المرء مخالفة للحامل والزيادة على الفعل المكره مخالفة أيضاً أما النقصان فلا يدل على المخالفة ... البناية في شرح الهداية ، مرجع سابق ، ص ٧١ ، نتلج الأفكار في كشف الرموز والأسرار ، مرجع سابق ، ص ٢٤٥ .

أو مال صاحب العبد فيطرحه في مهلكة أو يعطيه انساناً فلا بأس أن يعمل في المال ما أمره به لتحقيق الضرورة فيه وغرمه بالغاً ما بلغ على المكره لأن الإلتلاف صار منسوباً إليه وإن قتل العبد فغلى القاتل القود لأن الإكراه لم يتناول القتل هنا إذ لا مساواة بين جريمة القتل وجريمة استهلاك المال وإذا تمكن من دفع البلاء عن القود، وعلى المكره الحبس لإرتكاب ما يحل^(١) .

(١) المبسوط، مرجع سابق، ص ١٤١ .

ومن المبادئ الأساسية للقواعد الشرعية التي تستند إليها نظرية الضرورة في المعاملات .
القاعدة الأولى : الضرر يزال :

وأصل هذا المبدأ الشرعى ما أخرجه ابن ماجه وغيره أن رسول الله (ﷺ) قال " لا ضرر ولا ضرار " وقد ورد فى القرآن الكريم النهى عن المضارة فى مواضع كثيرة منها الوصية والرضاع والرجعة فى النكاح وليبيان ذلك ما رأينا فى قضية الانصارى ، وسمره ابن جندب حيث كان للأخير نخل فى بستان الأول وكان يدخل عليه هو وأهله فيؤذيه ولما شكاه الانصارى الى رسول الله - صلى الله عليه وسلم - قال له بعه ، فأبى ، قال : فاقطعه فأبى ، قال فهبه له ولك مثلها فى الجنة، فأبى ، فقال الرسول - صلى الله عليه وسلم - أنت مضار ثم قال لصاحب الحائط : أذهب فاقطع نخله ...

القاعدة الثانية : الضرر الأشد يزال بالأخف .

ومنها أن صاحب النصيب الأكبر إذا طلب القسمة وكان شريكه يتضرر بها صاحب الأكثر يجاب الى طلبه .

القاعدة الثالثة : إذا اجتمع الحلال والحرام غلب الحرام :

ومن تطبيقات هذا المبدأ باب الضرورة منع كل من صاحب السفلى والعلو من التصرف فى ملكه بما يضر بالآخر ويتفرع عن هذه القاعدة - قاعدة اخرى هى اذا تعارض المانع والمقتضى فإنه يقدم المانع .

القاعدة الرابعة : الضرورات تبيح المحظورات :

ومن التصرفات منع الشريك فى الملك المشترك الولاية على الإنفاق فى اصلاح المال وصيانة رغم معارضة شريكه .

القاعدة الخامسة : الضرورة تقدر بقدرها :

وتعتبر هذه القاعدة أساساً جوهرياً لأحكام لاضرورة والمعاملات ... د/ عبد العزيز أبو غنيمه ، الضرورة فى المعاملات فى الفقه الاسلامى ، بدون جهة نشر ، الطبعة الأولى ، ١٩٨٨ ، ص ٤٠٦ .

الباب الأول الإكراه فى قانون العقوبات

٧٦- تمهيد وتقسيم :

من القواعد الأساسية فى الشريعة الإسلامية أن كل مالم يحرم فهو مرخص لاعتقاب على إتيانه ، فإذا حرم فالعقوبة من وقت العلم بالتحريم ، أما ما قبل ذلك فيدخل فى قوله تعالى : " عفا الله عما سلف " ^(١) والشريعة لا تؤاخذ المكره ولا فاقد الإدراك لقوله تعالى " إلا من أكره وقلبه مطمئن بالإيمان " ^(٢) وقوله تعالى " ومن اضطر غير باغ ولا عاد فلا إثم عليه " ^(٣) .

ومن القواعد الأساسية فى الشريعة الإسلامية " لا تزر وازرة وزر أخرى وأن ليس للإنسان إلا ما سعى " ^(٤) فلا يسأل الإنسان إلا عن جنايته ولا يؤخذ بجناية غيره مهما كانت صلته به وليس للقضاة فى الشريعة الإسلامية أى شئ من الحرية فى اختيار العقوبة أو تقديرها فى جرائم الحدود والقصاص ، أما فى التعزير فلهم حرية مقيدة أن يختاروا العقوبة من بين عقوبات معينة ، ولهم أن يقدروا كمية العقوبة إن كانت ذات حدين بما يتناسب مع ظروف الجريمة والمجرم ولكن ليس لهم أن يعاقبوا بعقوبة لم يقررها أولو الأمر ، ولا أن يرتفعوا بالعقوبة أو ينزلوا بها عن الحدود التى وضعها أو يضعها أولو الأمر ^(٥) .

وهذه المبادئ التى عرفتتها الشريعة الإسلامية من يوم وجودها أقرتها القوانين الوضعية فى بداية القرن التاسع عشر والقرن العشرين حيث تنص المادة ٦٦ من الدستور الدائم على أن "العقوبة شخصية ، ولا جريمة ولا عقوبة إلا بناءً على قانون، ولا توقع عقوبة إلا بحكم قضائى ، ولا عقاب إلا على الأفعال اللاحقة لتاريخ نفاذ القانون "

(١) سورة المائدة الآية (٩٥)

(٢) سورة النحل الآية (١٠٦)

(٣) سورة البقرة الآية (١٧٣)

(٤) سورة النجم الآية (٣٨ ، ٣٩)

(٥) عبد القادر عودة ، مرجع سابق ، ص ٣٨٣

كما تنص المادة الخامسة من قانون العقوبات على أن " يعاقب على الجرائم بمقتضى القانون المعمول به وقت ارتكابها " ويعد مبدأ قانونية الجرائم والعقوبات من أهم المبادئ التى نصت عليها الدساتير الحديثة والتشريعات المختلفة (١) .

وتأكد هذا المبدأ بصدر إعلان حقوق الإنسان فى ٢٧ أغسطس سنة ١٩٧٩ الذى نص فى المادة السابعة على أنه لا يجوز القبض على أي فرد أو حبسه إلا فى الأحوال التى يقررها المشرع وطبقا للإجراءات التى يحددها وأكد أيضا إعلان حقوق الإنسان الصادر فى ١٠ ديسمبر ١٩٤٨ المبدأ السابق كما نصت المادة الحادية عشر منه على أنه لا عقوبة إلا بناءً على نص قانوني مكتوب. ومن نتائج تطبيق المبدأ ، أن أصبح للقاعدة الجنائية التجريبية (٢) وظيفة جوهرية وهى تحديد الأفعال المجرمة على وجه واضح فالشك وعدم الثبات فى هذا المجال يحول دون تحقيق العقوبة لغرضها وهو الردع العام.

(١) وجاءت الأمم المتحدة - تؤكد هذا الاتجاه فى المادة التاسعة من تصريح حقوق الإنسان عام ١٩٤٨ ، التى تنص على أنه : " لا يجوز الحكم على أحد لارتكابه فعلا أو امتناعا لا يشكلان جرماً وقت اقترافها بموجب أحكام القانون الوطنى والدولى. ولا يجوز فرض عقوبة تفوق العقوبة النافذة يوم اقترافه " - عبد الوهاب حومد ، مرجع سابق ، ص ٦٢.

(٢) القاعدة التجريبية هى الصورة الحقيقية للقاعدة الجنائية إذ تشمل على تحديد لمضمون الجريمة وللجزاء الواجب التطبيق. وإلى جانب القواعد التجريبية يوجد فى القانون قواعد أخرى لا تضم شقى التجريم والجزاء ، إنما تهدف إلى تحديد القواعد الأخرى أو تنظيم تطبيقها. فهى ليست مستقلة بل تعتبر تكميلية أو من الدرجة الثانية وهذا لا ينفى أن لها أيضا طبيعة أمره كغيرها من القواعد الجنائية ويندرج تحت هذه الطائفة القواعد المختلفة التى يشملها القسم العام من قانون العقوبات . وتنقسم إلى قواعد موجهة وهى تحدد المبادئ الواجب اتباعها فى موضوع معين.

وقواعد موضحة وهى تشير إلى المعنى الذى يقصده المشرع من تعبيرات معينة ، وقواعده مفسره وهى إما أن تحدد معنى قواعد أخرى أو تبين القواعد التى يجب أن تتبع فى مجال التفسير. وقواعد تنقيد به وهى تنظم كيفية تنفيذ النصوص التشريعية وقواعد مفسحة أو مضيقة وتهدف إلى الإنساح أو التضيق فى مجال قواعد أخرى.

وقواعد إحالة وهى تحيل إلى قواعد معينة من الوجهة الشكلية أو الموضوعية.

وقواعد موقفة وهى تحدد القاعدة واجبة التطبيق فى حالة التنازع بين القواعد القانونية ... د/ آمال عبد الرحيم عثمان ، النموذج القانونى للجريمة ، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ، س ١٤ ، ١٩٧٢ ، ص ٢ .

وذلك يستوجب تمكين الأفراد من معرفة مكونات الجريمة وأنواع العقوبات واجبة التطبيق من خلال ما يضعه المشرع من قواعد قانونية ، وتقرب القاعدة الجنائية في وظيفتها الوصفية من القواعد القانونية الأخرى ومع ذلك فتميز عنها في أنها تشمل وصفا دقيقا لكل جريمة تضم مختلف العناصر التكوينية لها وهو ما يطلق عليه النموذج أو الشكل القانوني للجريمة^(١)

(Figural. Legal, tipo, modello, Fattis pecie)

فالنموذج القانوني للجريمة يشتمل على عدد من العناصر القانونية سواء أكانت أركاناً أساسية ، أم مفترضات للواقعة ، أم ظروفًا ، أم شروطاً موضوعية للعقاب وهذه العناصر قد تتشابه في بعض الوجوه ، ولكن واقع الأمر أن كلا منها يتميز بطبيعته وخاصيته المستقلة وهو ما سيتضح من خلال هذه الدراسة.

فدراسة الجريمة تستوجب ضرورة تجزئتها إلى عناصر منفصلة ومتميزة وذلك حتى يمكن فهم الجريمة كواقعة قانونية .

وعلى ذلك سنقسم الدراسة في هذا الباب إلى ثلاث فصول :

الفصل الأول : - تعريف الجريمة وأركانها.

الفصل الثاني : - ماهية ظرف الإكراه .

الفصل الثالث : - الإكراه كظرف مشدد في الجريمة .

(١) نشأت في ألمانيا نهضة فقهية تناولت دراسة نظم جنائية مختلفة وقد أهتم الكتاب الألمان بدراسة ما أسموه "نموذج السلوك الإجرامي" وهو ذلك السلوك المادي الذي يأتيه الإنسان ويكون اعتداء على مصلحة اجتماعية يرعاها المشرع بحماية قانون العقوبات.

ومما هو جدير بالذكر أن منشأ فكرة نموذج السلوك الإجرامي ترجع إلى القانون الألماني القديم حيث كان لها صدى في إيطاليا وقد تميزت الأبحاث التي أجريت في إيطاليا بالواقعية والعمق ، فأتجهت إلى إجراء دراسة تحليلية لكل العناصر المكونة للجريمة دون تغليب لعنصر على آخر وقد كان الفضل في ذلك للكاتب الإيطالي Delitala . وقد أسس ما عرف بنظرية " النموذج القانوني للجريمة " واتجه إلى أن نموذج الجريمة يتكون من جميع العناصر المكونة لها وأنه يمكن التعرف على هذا النموذج من نص التجريم..... ويقول بعض الفقه أن لنظرية النموذج الإجرامي فوائد عملية عديدة من بينها (أ) إن دراسة النماذج المختلفة تشدد الانتباه إلى كل خصوصية يجب توافرها مادياً في السلوك الإنساني كي يعتبر جريمة (ب) تساعد على عرض المفردات للجريمة بأسلوب منطقي. (ج) إن المقارنة بين النماذج الإجرامية لتحديد ما يكون من العناصر قاسماً مشتركاً بينها وما يكون مميزاً لبعضها تفيد في التفرقة بين نماذج الجرائم المختلفة. (د) أن هذه النظرية تتأى بالقاضي عن الحكم بإدانة غير مستحقة..... د/ رمسيس بهنام ، مرجع سابق ، ص ٣٨٤ - د/ علي راشد ، د/ يسرى أنور ، شرح النظرية العامة للقانون الجنائي ، مرجع سابق ، ص ٩٧.

الفصل الأول تعريف الجريمة وأركانها

٧٨- تمهيد وتقسيم :-

من أهم خصائص القانون الجنائي العصري ، اتجاه نظره في الجريمة الى شخص فاعلها بعد ان كان هذا النظر محصوراً في مادة فعلها.

ففي عهد الرومان ، تمخض التنظيم القانوني عن قانون جنائي خاص يضع زمام الدعوى عن الجريمة في يد المجنى عليه كي يحركها هذا بغية تعويض ما أنزلته به الجريمة من ضرر ولم يتجه النظر الى مرتكب الجريمة لدراسة شخصه والوقوف على الأسباب التي صار من أجلها مصدر إجرام إلا بفضل أئمة الفكر الإيطالي في عصر النهضة^(١).

ففي حين أن الشريعة الإسلامية منذ نشأتها قد أولت عناية بشخص الفاعل ولذلك قرر الرسول - صلى الله عليه وسلم - فيما قرر من قوانين أن من لا يرحم الناس لا يرحمه القانون الرادع الزاجر فقد قال - صلى الله عليه وسلم : (إنه من لا يرحم لا يرحم)^(٢).

وأن المسلمين كانوا يعملون دائماً بسنة النبي الكريم (ص) ، وهدى القرآن العظيم ، ولقد كان النبي - صلى الله عليه وسلم - حريصاً على تمكين الأثم من التوبة بعد أن ينال العقوبة التي استحقها ليكون الردع له ، والاعتبار لغيره ثم إخلاص النية لله تعالى ، وقد روى " أن امرأة من جهينة آتت رسول الله - صلى الله عليه وسلم - وهي حبلى من الزنا . وقالت : يا رسول الله ، أصبت حدا فأقمه علي ، فدعا نبي الله - صلى الله عليه وسلم - وليها . فقال : أحسن إليها فإذا وضعت فأتني ، ففعل ، فأمر نبي الله - صلى الله عليه وسلم - فشدت عليها ثيابها ، ثم أمر بها فرجمت ، ثم صلى عليها ، فقال له عمر : تصلى عليها يا رسول الله وقد زنت

(١) د/ رمسيس بهنام ، في نظرية الفعل والفاعل والمسئولية ، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية ، س ٩ ، ١٩٦١ ، ج ٣ ، ٤ ، ص ١

(٢) أبو عيسى محمد بن عيسى بن سورة ، الجامع الصحيح " سنن الترمذي " ، محمود نصار الحلب بمصر ، ط ١ ، ١٩٦٢ ، ج ٤ ، ص ٣١٨ .

١١٢ قال : لقد تابت توبة لو قسمت بين سبعين من أهل المدينة لوسعتهم ، وهل وجدت أفضل من أن جادت بنفسها لله عز وجل ١١٢ " (١)

وكان النبي - صلى الله عليه وسلم - يحث على عدم تعبير المجرم بجريمته ، حتى لا تستمر نفسه في ردة الجريمة ، لا تخرج منها ، ويروي في ذلك أن رجلاً شرب الخمر فأتى به إلى النبي - صلى الله عليه وسلم ، فأقام عليه حد الشرب فقال بعض الحاضرين وهو خارج : أخزأك الله ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم " لا تقولوا هكذا . لا تعينوا عليه الشيطان " (٢)

وسأستهل العرض ببيان موجز لما قيل في تعريف الجريمة وبلى ذلك تحديد أركانها من خلال ثلاث مباحث :-

المبحث الأول :- تعريف الجريمة

المبحث الثاني :- أركانها الأساسية.

المبحث الثالث :- أثر الإكراه في المسؤولية

(١) أبو زكريا يحيى بن شرف النووي الشافعي ، رياض الصالحين ، دار الباز للنشر والتوزيع ، بدون تاريخ ، ص ٢٧

(٢) أبو داود سليمان ابن الأشعث السجستاني الأندلسي ، سنن أبي داود ، دار الجيل " بيروت " ، ١٩٨٨ ، ج ٤

المبحث الأول

٧٩- تعريف الجريمة :-

لم يورد قانون العقوبات المصري - شأنه في ذلك شأن الكثير من التشريعات الجنائية - تعريفاً عاماً للجريمة ^(١) تاركاً هذه المهمة للفقهاء ولقد اختلف الفقهاء بدوره في تعريف الجريمة تبعاً لاختلاف وجهات النظر.

ففى فرنسا ، يعرفها البعض بأنها (واقعة يحرمها القانون ويسمح بتوقيع العقاب على مرتكبيها ^(٢)) ويعرفها آخر بأنها " واقعة مادية محددة معاقب عليها بواسطة قانون العقوبات ، ولا يمكن أن تكون مبررة بوصفها ممارسه لحقه أو أداء لواجب " ^(٣) ويعرفها ثالث بأنها "سلوك موصوف بهذه الصفة بواسطة القانون " ^(٤) والراجح فى الفقه الفرنسى فى تعريف الجريمة بأنها " كل فعل أو امتناع يعد اعتداء على النظام وعلى السكينة الاجتماعية ويفرض لها القانون عقاباً ^(٥)

(١) ومن التشريعات القليلة التى تعرف الجريمة القانون الاسبانى الصادر سنة ١٩٢٨ (المادة الأولى) والقانون البولونى الصادر فى سنة ١٩٣٢ (المادة الأولى) والقانون اليونانى الصادر فى سنة ١٩٥٠ (المادة ١٤) والقانون المجرى الصادر فى سنة ١٩٥٠ (المادتان ٢ ، ٣) ... د/ محمود محمد مصطفى ، مرجع سابق ، ص ٣٥ - د/ عمر السعيد رمضان ، مرجع سابق ، ص ٤٢ .

(2)SoyEr (J.C.) "droit pénal et procedure pénale" L.G.D.J. ed. 1977 no. 57 P.53

(3)DESMONTS. (J.) : "Elements de droit pratique judiciaire".

T. I., ed. Librairies techniques, 1975, No. 506, P, 41.

(4)DECOCO (A) : "Droit penal general" ed. Armond colin, 1971, P. 61.

(5)VOUIN (R) ETLEAUTE (J.) "Droit penal et procedure pénalé themis, P.U.F., ED. 1969, P.13

كما تعددت التعريفات التي أعطاهما الفقه المصري للجريمة : فقد عرفها البعض بأنها "فعل غير مشروع صادر عن إرادة جنائية يقرر له القانون جزاءاً جنائياً" ^(١) وعرفها آخر بأنها " الواقعة التي تحدث في دنيا الواقع الذي نعيش فيه عن إرادة جنائية ، ويترتب عليها ضرر أو تهدد بخطر مصلحة يكون المشرع قد قدر سلفاً جدارتها بالحماية فنص على تجريمها والعقاب عليها في نصوص التجريم والعقاب " ^(٢)

ويعرفها فريق ثالث بأنها " كل فعل أو ترك نهى المشرع عنه ورصد لفاعله جزاء جنائياً" ^(٣).

ومن جماع ما تقدم يتبين أن تعريف الجريمة يتصارع بصده ثلاث اتجاهات أولها يفضل التعريف القانوني للجريمة ، والثاني يفضل التعريف الموضوعي أو الوضعي لها والثالث يجمع بين التعريفين :

٨٠- (أولاً) التعريف القانوني (الشكلي) للجريمة :

ظهر هذا التعريف من خلال الأفكار التي نادى بها أنصار المدرسة التقليدية التي إهتمت بالجانب الشكلي للجريمة فركز أنصار تلك المدرسة على ما بين السلوك والقاعدة الجنائية من تعارض يترتب عليه توقيع العقوبة الجنائية. فيعرف أنصار المدرسة التقليدية الجريمة بأنها مخالفة الواقعة للتشريع الجنائي ^(٤) وأنها الخروج على أوامر قانون العقوبات أو نواهيه ، خروجاً يستتبع توقيع عقوبة ما على فاعله ^(٥) وآخرون قالوا بأنها إنتهاك للقانون أيا كان ^(٦).

وقد استند مؤيدو التعريف الشكلي للجريمة من وجهة نظرهم إن القول باتفاقه مع الواقع القانوني. فالجريمة هي تقدير تشريعي يختلف من زمان إلى زمان

(١) د/ فوزية عبد الستار ، مرجع سابق ، ص ١٩

(٢) د/ سلوى توفيق بكير ، د/ على حمودة ، مرجع سابق ، ص ١٢٩

(٣) د/ عوض محمد ، مرجع سابق ، ص ٢٩

(٤) د/ يسر أنور على ، شرح النظرية العامة للقانون الجنائي ، دار النهضة العربية ١٩٨٥ ، ص ٢٠٩

(٥) د/ رؤف عبيد ، علم الإجرام والعقاب ، دار الفكر العربي ، ١٩٨٠ ، ص ٥

(٦) - Canin , op. cit. p.8.

- Merle et vitu , op. cit. p. 23.

ومن مكان إلى مكان وذلك لأن فكرة التقدير التشريعي حقيقة واقعية وهي كذلك من أكثر الضوابط دقة في تحديد الجريمة .

لم يسلم هذا التعريف من نقده فقد قيل بأنه قاصر وغير واف لاهتمامه بالشكل وحده مع إغفال بيان الخصائص التي تميز الفعل أو الترك ، لأن الجريمة مستمدة من واقع الحياة ولذا يتعين عدم إغفال ذلك . كما قيل بأنه ينطوي على قلب للمنطق فليس الجزاء الجنائي هو الذي يجعل السلوك جريمة ولكنه نتيجة لكون السلوك جريمة ^(١) ، وأخيراً قيل بعدم كفايته إذا أتى النظام القانوني يضم بين جنبيه جزاءات أخرى لا تشكل عقوبة كذلك المنصوص عليها في القانون الإداري .

٨١ (ثانياً) : التعريف الموضوعي للجريمة

نادى بهذا التعريف أنصار المدرسة الوضعية وأنصب اهتمامهم في المقام الأول على طبيعة الجريمة فقالوا بأنها إخلال جسيم بالقيم الأخلاقية السائدة ، وقالوا بأنها أفعال تحركها بواعث فردية أنانية تخل بشروط الحياة في المجتمع وتتأفي قيمه الخلقية وكان من أوائل الفقهاء الوضعيين "جارو فالوا وفيري" وقد بلورا هذه الأقاويل في أحد تعريفين : الأول وهو يركز على الجانب الموضوعي للجريمة ، والثاني الذي يركز على الجانب الاجتماعي للجريمة ^(٢) .

(١) د/ علي راشد ، د/ يسر أنور ، مرجع سابق ، ص ٢١٦

(٢) فالجريمة التي تعارفت عليها كافة المجتمعات المتدينة على تجريمها وعلى فرض الجزاء الجنائي على من يرتكبها تستند الى فكرة الجريمة الطبيعية *délitnaturel* - ويرجع أساس هذه الفكرة الى أن المجتمعات الإنسانية حينما تتجاوز المرحلة البدائية في تطورها تتوضع على قدر معين من المشاعر الإنسانية قوامها "الشعور بالغيرة أو بالتعاطف نحو الآخرين" كنتيجة طبيعية لقبول أفراد المجتمع الانضمام في معيشة واحدة وبالتالي فإن المجتمعات الإنسانية المتدينة جميعاً تتوفر لدى أفرادها قدر أدنى متماثلاً تقريباً من هذه المشاعر الغيرية ، ولأن الجريمة فعل يضر بكل مجتمع لأنها تتعارض مع المشاعر الغيرية السائدة فيه فإن هناك أدن ما يمكن تسميته بالجريمة الطبيعية التي تتعارف عليها كل المجتمعات المتدينة .

أما الجرائم المصطنقة أو غير الطبيعية ، فهي الجرائم التي يخلقها المشرع خلقاً استجابة لاعتبارات تتعلق "بتنظيم" المجتمع كجرائم التهريب الجمركي وهي لهذا تختلف باختلاف الزمان والمكان .

وقد تعرضت هذه الفكرة للنقد لأنها تتعارض أولاً مع الواقع الاجتماعي وتنقسم - ثانياً - بالغموض والقصور ، وتقوم ثالثاً على أساس مشكوك فيه . وقد فشلت الى جوار هذه المحاولة محاولة أخرى سعت الى تعريف الجريمة من وجهة النظر الاجتماعية بأنها " كل سلوك مقترن بعقاب " سواء أكان هذا السلوك معاقباً عليه من الناحية القانونية أم لا . فالعبرة بجداره السلوك بالعقاب لا بتقريره فعلاً وقد فشلت هذه المحاولة لتبنيها لمعيار قلق قابل للاختلاف باختلاف الزمان والمكان د/ محمد ذكي أبو عامر ، مرجع سابق ، ص ٣٥ - د/ ماجدة فؤاد محمود ، الظروف المشددة - دراسة مقارنة - رسالة دكتوراه جامعة عين شمس ، ١٩٨٨ ، ص ٢٤٠ .

الحقيقة هي أن الاتجاه الموضوعي أبرز جوهر الجريمة كواقعة ضارة بأمن المجتمع وسلامه، إلا أنه لا يصلح أساساً لدراسة الجريمة كنظام قانوني. فلا يكفي لاعتبار واقعة ما جريمة أن تحتوي على مقومات الأضرار بمصالح اجتماعية لازمة لأمن الجماعة، وإنما يلزم أن تكون تلك المصالح قد أخذت بعين الاعتبار من قبل السلطة المنوط بها وتقييم الأفعال الضارة بمصالح المجتمع، أي السلطة المختصة بالتشريع ومن أجل ذلك نجد أن هناك أفعالاً ضارة بمصالح اجتماعية معينة دون أن ترقى إلى مصاف الجريمة لأن المشرع لم يرها جديرة بالحماية الجنائية وما يترتب عليها من عقوبة (١).

٨٢. (ثالثاً) التعريف الذي يجمع بين الاتجاهين السابقين:-

هناك اتجاه توفيقى يجمع بين الاتجاه الشكلى الذى نادى به التقليديون، والاتجاه الموضوعى الذى نادى به فيرى وجارو قالوا ويدعو هذا الاتجاه الى تعريف الجريمة بأنها "واقعة إيجابية أو سلبية مصدر خطأ إنسان. بعدها المشرع خطرة أو ضارة بالمصالح العامة أو العلاقات الاجتماعية، ويرتب عليها النظم القانونى عقوبة جنائية: وقد ضم هذا التعريف كلا من الركن المادى والركن المعنوي وهما قطبا الجريمة كما أنه يبرز دور كل من المشرع والقاضى، فنراه يركز على أن المشرع هو مصدر التجريم وهذا يعنى اختلاف التجريم باختلاف الزمان والمكان (٢).

(١) د/ مأمون محمد سلامة، مرجع سابق، ص ٩٢

(٢) ومن أنصار هذا الاتجاه Carrara حيث جمع فى تعريف الجريمة بين المظهرين الشكلى والموضوعى، فالجريمة هي "مخالفة القانون الذى تصدره الدولة لحماية أمن المواطنين، وتتخذ هذه المخالفة شكل السلوك الإنسانى (إيجابى أو سلبى) يحدث أثراً فى العالم الخارجى ويسند قانوناً الى مرتكبيه"

هذا وقد لجأ بعض الكتاب الفرنسيين الى وضع تعريف للجريمة يبرز العناصر الإرادية فيعرفها J. Aroux بأنها "تعبير عن إرادة إجرامية تأتى فعلاً مخالفاً للقانون ومعاقباً عليه" د/ عادل عازر، النظرية العامة فى ظروف الجريمة، رسالة دكتوراه جامعة القاهرة، ١٩٦٦، ص ٥، د/ ماجدة فؤاد محمود، مرجع سابق، ص ٢٤٢

ومن جانبنا نرجح هذا التعريف حيث يضم بين جانبيه ركنى الجريمة المادي والمعنوي. فهناك من الأفعال ما يكون متعارضاً من الناحية الشكلية مع القواعد التجريبية ومع ذلك لا تكون جريمة باعتبار أنها لم تضر بالمصلحة المحمية بنصوص قانون العقوبات مثل المساس بسلامة جسم آخر أثناء ممارسة لعبة من الألعاب الرياضية يحقق من الناحية الشكلية السلوك المجرم بنصوص قانون العقوبات المتعلقة بالضرب بينما لا تنشأ جريمة طالما كان في إطار قواعد اللعبة. كما أن الذي يقتل آخر دفاعاً عن النفس يحقق ، من الناحية الموضوعية ، جريمة القتل بينما لا يكون فعله جريمة نظراً لأنه لم يضر بالمصلحة التي حماها المشرع (١).

٨٣. موقف الشريعة الإسلامية :-

أصل كلمة جريمة من جرم بمعنى كسب وقطع ، ويظهر أن هذه الكلمة خصصت من القديم للكسب المكروه غير المستحسن ، ولذلك كانت كلمة جرم ويراد منها الحمل على فعل حملاً آثماً ، ومن ذلك قوله تعالى (ويا قوم لا يجرمنكم شقاقى أن يصبىكم مثل ما أصاب قوم نوح أو قوم هود أو قوم صالح. وما قوم لوط منكم ببعيد) (٢) أى لا يحملنكم حملاً آثماً شقاقى ومنازعتكم لى على أن ينزل بكم عذاب شديد ، مثل ما نزل بمن سبقوكم ممن شاقوا أنبياءهم . ومثل قوله تعالى (ولا يجرمنكم شأن قوم على ألا تعدلوا ، اعدلوا هو أقرب للتقوى) (٣)

ولذلك يصح أن نطلق كلمة الجريمة على ارتكاب كل ما هو مخالف للحق والعدل والطريق المستقيم واشتقت من ذلك المعنى إجرام وأجرموا ، فقد قال تعالى : (إن الذين أجرموا كانوا من الذين آمنوا يضحكون) (٤) وقال تعالى : (كلوا وتمتعوا قليلاً إنكم مجرمون) (٥) ومن هذا البيان نبين أن الجريمة فى معناها اللغوي تنتهى إلى إنهاء فعل الأمر الذي لا يستحسن ، ويستهن ، وإن المجرم هو الذي يقع

(١) الجريمة هى الواقعة التى ترتكب إضراراً بمصلحة حماها المشرع فى قانون العقوبات ورتب

عليها أثر جنائياً متمثلاً فى العقوبة ... د/ مأمون محمد سلامة ، مرجع سابق ، ص ٩٣

(٢) سورة هود الآية (٨٩)

(٣) سورة المائدة الآية (٨)

(٤) سورة المطففين الآية (٢٩)

(٥) سورة المرسلات الآية (٤٦)

فى أمر غير مستحسن مصراً عليه مستمراً فيه لا يحاول تركه ، بل لا يرضى بتركه ، وذلك ليتحقق معنى الوصف ، إذ أن معنى الوصف يقتضى الاستمرار وإذا كانت كل أوامر الشريعة فى ذاتها مستحسنة بمقتضى حكم الشارع ، فعصيان الله تعالى يعد جريمة وكذلك ارتكاب ما نهى الله تبارك وتعالى عنه يعد جريمة (١) .

وهذا تعريف عام ، وليس بخاص ، فهو يعم كل معصية ولكن لأن الفقهاء ينظرون الى المعاصى من ناحية سلطان القضاء عليها وما قرره الشارع من عقوبة دنيوية - يخصصون اسم الجرائم بالمعاصى التى لها عقوبة ينفذها القضاء ، فيقول الماوردى فى تعريفها : " أنها محظورات شرعية زجر الله تعالى عنها بحد أو تعزير " (٢) .

وإن تعريف الجريمة على هذا النحو ينتهى الى ما يقارب تعريف علماء القانون الوضعى لها، فإن الجريمة فى قانون العقوبات هى الفعل أو الترك الذى نص القانون على عقوبة مقررة لها، فإن بمقتضى ذلك القانون لا يعتبر الفعل جريمة إلا إذا كان ثمة نص على العقاب ، ولا عقاب من غير نص (٣) .

٨٤ الجريمة والجناية :-

وكثيراً ما يعبر الفقهاء عن الجريمة بلفظ الجناية ، والجناية لغة : اسم لم يجنيه المرء من شر وما اكتسبه ، تسمية بالمصدر من جنى عليه شراً ، وهو عام ، إلا إنه خص بما يحرم دون غيره .

(١) الإمام محمد أبو زهرة ، الجريمة فى الفقه الإسلامى ، مرجع سابق ، ص ٢١
(٢) وعند التأمل فى هذا التعريف نجد أن الفقهاء جعلوا جوهر الجريمة أنها " محظور شرعى " أى فعل ما نهى الله عنه أو ترك ما أمر به " ويعنى ذلك أن " الحظر الشرعى " أو " عدم المشروعية " ركن للجريمة " ، فلا جريمة فى سلوك لا يناقض نهياً أو أمراً . ونستخلص من ذلك أن نظرية عدم المشروعية أو نظرية الركن الشرعى للجريمة قد عرفت فى الفقه الإسلامى ، واستند إليها فى استخلاص العديد من القواعد ... د/ محمود نجيب حسنى مدخل للفقه الجنائى الإسلامى ، دار النهضة العربية ، ١٩٨٤ ، بند ٧ ، ص ٤

(٣) عبد القادر عودة ، مرجع سابق ، ص ٦٧

أما فى الاصطلاح الفقهي فالجناية : اسم لفعل محرم شرعاً ، سواء وقع الفعل على نفس أو مال أو غير ذلك .

لكن أكثر الفقهاء تعارفوا على إطلاق لفظ الجناية على الأفعال الواقعة على نفس الإنسان أو أطرافه ، وهى القتل والجرح والضرب والإجهاض. (١)

٨٥ الأساس فى اعتبار الفعل جريمة :-

الأساس - بلا شك - فى اعتبار الفعل جريمة فى نظر الإسلام هو مخالفة أوامر الدين (٢) بيد أنه يلاحظ أمران أولهما : أن أوامر الإسلام كلية لا جزئية ، فالقرآن الكريم قد نص على عقوبة عدة جرائم تبلغ ستة : هى البغى ، وقطع الطرق ، والسرقه ، والزنى ، وقذف المحصنات ، والقصاص بكل شعبه . وزادت السنة عقوبة شرب الخمر والردة وغيرهما .

الأمر الثانى : إنه لابد من ملاحظة أن هناك أصلاً جامعاً تنتهى إليه العقوبات الإسلامية ، ومعنى كونه جامعاً انه يرجع إليه فى كل عقوبة تقرر بحكم تعزيرى وذلك لأن التعزير تنفيذ لأمر دينى هو العمل على إصلاح الجماعة ومنع العبث والفساد (٣).

(١) " الجنايات " جمع جناية ، والجناية لها معنيان : معنى فى اللغة ، ومعنى فى الاصطلاح فمعناها فى اللغة : كل فعل وقع على وجه التعدى ، سواء كان فى النفس أو المال ومعناها فى عرف الفقهاء : التعدى على الأبدان .

فسموا ما كان على الأبدان جناية وسموا ما كان على الأموال غصباً وإتلافاً ونهباً وسرقه وخيانة ... علاء الدين بن الحسن على بن سليمان المرداوى ، الأنصاف ، مؤسسة التاريخ العربى "بيروت" ، بدون تاريخ ، ج ٩ ، ص ٤٣٣ - موفق الدين أبى محمد عبد الله بن أحمد ، مرجع سابق ، ص ٣١٨ .

(٢) د/ محمد على السالم عياد الحلبى ، مرجع سابق ، ص ٩٦ .

(٣) التجريم والعقاب فى الأنظمة الجنائية الوضعية متغير من مكان لآخر ومن زمان لآخر تبعاً لتطور المصالح وتجديدها ... بينما فى النظام الجنائى الإسلامى نجد أن هناك قدراً من المصالح الثابتة والتى لا تتغير ولا تتبدل بتغير المجتمعات ، والطائفة الأولى من المصالح بشكل الاعتداء عليها أو الإضرار بها جرائم الحدود بينما الطائفة الثانية بشكل الاعتداء عليها أو الإضرار بها جرائم التعزير والمصالح الجوهرية الثابتة تتمثل فى حفظ الدين وحفظ النفس وحفظ النسل وحفظ العقل وحفظ المال ...

أما المصالح المتغيرة وهى التى تبدو فيها مصلحة الجماعة غالبية فى فترة زمنية معينة فقد ترك أمر تقديرها والعقاب على من يعتدى عليها أو يتهدها بالضرر الى سلطة التشريع الوضعى ... محمد أبو زهر ، مرجع سابق ، ص ٢٨ - د/ مأمون سلامة ، العقوبة وخصائصها فى التشريع الإسلامى ، مجلة القانون والاقتصاد ، س ٤٨ ، ١٩٧٨ ، ع ١٤ ، ٢ ، ص ١ .

المبحث الثاني أركان الجريمة

٨٦- تمهيد وتقسيم :-

من المعروف الشائع انه فى التشريعات القديمة كانت الجريمة تقوم على أساس مادي محض، أي أن أساس المسؤولية كان أساساً مادياً يقوم على صلة السببية المادية بين الفاعل والجريمة دون النظر إلى الصلة المعنوية بين ملكات العقل ونتائج الفعل^(١).

وبظهور المسيحية وتعاليمها، أصبحت الخطيئة أساساً للعقاب وأصبح الإسناد المادي ليس بكاف لقيام المسؤولية الجنائية وتأييد هذا الاتجاه بقيام الثورة الفرنسية بظهور قانون نابليون سنة ١٨١٠ ومنذ ذلك الحين أصبحت المسؤولية الجنائية قائمة على المسؤولية المعنوية بحيث انه عند النظر فى مسؤولية شخص عن جريمة أصبح لا يكفى أن يثبت أن الجريمة حدثت بعمله أو امتناعه بل أصبح لزاماً على القاضى أن يثبت أيضاً من توافر الخطأ العمدى أو غير العمدى على حسب الأحوال ، قبل الحكم عليه بالعقوبة المقررة قانوناً. فإذا رأى أن المتهم عديم الإدراك أو الإرادة فى وقت ارتكابه " الجريمة " كالمجنون " أو المكره مثلاً وجب أن يقضى ببراءته. كذلك أصبح الإنسان هو المسئول الوحيد جنائياً.^(٢)

ومنذ ذلك أصبح السائد فقها أن المسؤولية الجنائية يتحدد مفهومها على أساس أخلاقى ، فهى إذا التزم شخص عاقل حر بتحمل العقوبة التى حددها القانون عند

(١) د/ عبد الرحمن حسين على ، مرجع سابق ، ص ٤

(٢) د/ محمد عمر مصطفى ، الجريمة وعدد أركانها، مجلة القانون والاقتصاد ، س ٣٦ ، ١٩٦٦ «

ارتكاب فعل يعد جريمة . (٢) وذهب الرأي الغالب فى الفقه إلى أن دراسة الجريمة تستوجب ضرورة تجزئتها - كما أشرنا سلفاً - إلى عناصر منفصلة حتى يمكن فهم الجريمة كواقعة قانونية ... وهذا يصل بنا إلى الكلام عن رأى الفقه فى تحديد أركان الجريمة واختلاف الفقهاء فى الإصطلاح المستخدم بهذا الصدد وأثر الإكراه عليها وذلك من خلال مطلبين :-

المطلب الأول : تحديد أركان الجريمة .

المطلب الثانى : أثر الإكراه عليها.

(١) كان فريق من الفقهاء يميز أحياناً بين " نظرية الجريمة " التى يقيمها على الركنين أو الثلاثة ، وبين " نظرية المسؤولية الجنائية " التى يقيمها على دعامتين فقط هما " الإسناد المادى " و " الإسناد المعنوى " والحقيقة هى أن هاتين الدعامتين ليستا شيئاً آخر سوى الركنين المادى والمعنوى للجريمة قانوناً وتوفر هذين الركنين يعنى توفر المسؤولية الجنائية فى حق المتهم بجريمة فلا أساس إذن للتمييز بين نظريتين هما شئ واحد. وأكثر من ذلك فإن فصل " نظرية المسؤولية الجنائية عن نظرية الجريمة ، واختصاصها بفكرة " الإسناد " ، أدى إلى حصر تلك النظرية فى نطاق طائفة معينة من الجرائم هى تلك التى تتطلب لوجودها توفر " الذنب " أو الخطأ فى المسلك الذهنى أو النفسانى للجانى. ذلك بأن " الإسناد المعنوى " هو كناية عن نسبة الذنب أو الخطأ فى أية صورة إلى المتهم. هذا بينما الجانب الأكبر من الجرائم - وبخاصة فى عصرنا - هو من نوع " الجرائم القانونية التنظيمية والوقائية " - وكلها لا يصدق عليها معنى الذنب أو الخطأ ، ولا معنى " الإسناد المعنوى " بالتالى. وعلى ذلك فإن التوحيد بين نظريتي الجريمة والمسؤولية الجنائية عنها - فضلاً على أنه وضع للأمور فى نصابها الصحيح فلسفياً - له ميزة تجنب ذلك الخطأ الذى كثيراً ما أدى إلى عيب آخر شائع فى الفقه النيو كلاسى هو التعميم ... د/ على راشد ، المدخل وأصول النظريات ، مرجع سابق ، ص ١٣٢ .

المطلب الأول

تحديد أركان الجريمة

٨٧ المعنى اللغوي لكلمة ركن :

ركن الشئ فى اللغة هو جانبه الأقوى ، وأركان الشئ هى جوانبه التى يستند اليها ويقوم بها^(١) أما العنصر فهو أصل الشئ لذا نرى أن تسمى المقومات الأساسية للجريمة " بالأركان " وتسمى المقومات المتفرعة عن هذه الأركان عند تحليلها " بالعناصر " ويسود فى الفقه المصرى اتجاه نحو تقسيم الجريمة الى أركان وهو الراجح فى نظرنا والدراسة المنهجية يجب أن تبدأ بالأركان الأساسية فذلك يساعد على تقسيم كل ركن بدوره إلى عناصره التكوينية التى تتفق مع طبيعته وتختلف بالتالى عن عناصر الأركان الأخرى^(٢).

٨٨ المعنى الاصطلاحي للركن :-

اختلف الفقهاء فى تحديد أركان الجريمة لعدم وجود نص قانونى مكتوب^(٣) وقد ذهب الفقه التقليدى إلى أن الجريمة الجنائية تقوم على ركنين لا ثالث لهما هما

(١) لسان العرب ، مرجع سابق ، ص ١٧٢١ .

(٢) د/ آمال عبد الرحيم عثمان ، مرجع سابق ، ص ٢٠٩ - د/ حسنى الجندى ، مرجع سابق ، ص ١٢٧ .

(٣) وفكرة أركان أو عناصر الجريمة فكرة حديثة نسبيا لم تستخدم صراحة إلا مع مطلع القرن التاسع عشر وكان ذلك من خلال التعليمات التى كان يصدرها المستشار الفرنسى Barris الذى رأس الدائرة الجنائية بمحكمة النقض الفرنسية حيث جاء فيها أن " كل جريمة تتكون من عنصرين : فعل يتحصل فى الماديات ، وعمد يقود الى هذا ويحدد الجانب المعنوي فيه " . ثم استخدم الفقهيان CHAUVEAU et HELIE تعبير عناصر الجريمة فى إطار تحليل الجريمة الى مقوماتها فى مجال قانون العقوبات الخاص كذلك استخدام الفقيه TrE BUTIEN تعبير العناصر التكوينية

Elements Constitutifs فى بابين فى مؤلفه الباب الثالث بعنوانه " الواقعة المادية كعنصر أول للجريمة والباب الرابع وعنوانه " الإرادة الاثمة كعنصر ثانى للجريمة . ثم أصبح مصطلح أركان أو عناصر الجريمة عملية متداولة بين كافة الكتب الفقهية مع إضافة بعض العناصر الأخرى الى عنصرى الجريمة.

ROBERT (Jacques - Henri) : " L'histoire des éléments de L'infraction " R.S.C. 1977, NO.2. p.p. 271.

الركن المادى والركن المعنوى والركن المادى هو الفعل الذى يحقق الاعتداء على الحق الذى يحميه القانون ويتكون فى أغلب الجرائم من ثلاثة عناصر : سلوك إيجابى أو سلبى ، ونتيجة معنية ، وعلاقة سببية بينهما .

أما الركن المعنوى فهو الإرادة المصاحبة للسلوك والتي تتجه على نحو معين يختلف فى الجرائم العمدية عنها فى الجرائم غير العمدية وتتكون فى ظروف تسمح باستظهار الإثم فى مسلك الفاعل ^(١).

غير أن البعض يذهب إلى أن التحليل الدقيق للجريمة يثبت قيامها على أركان ثلاثة. بالإضافة الى الركنين السابقين. هناك ركن ثالث هو الركن الشرعى ويقصد به البعض نص القانون الذى يحدد الجريمة ويبين عقوبتها ^(٢) بينما يقصد به البعض الآخر الصفة غير المشروعة التى يكتسبها إذا توافر له أمران : خضوعه لنص تجريم يقرر فيه القانون عقاباً لمن يرتكبه وعدم خضوعه لسبب إباحة ، إذ أن انتفاء أسباب الإباحة شرط ليظل الفعل محتفظاً بالصفة غير المشروعة التى اكسبها له نص التجريم ^(٣). وهذا ما ذهب اليه بعض الفقه الفرنسى من إضافة عنصر رابع لأركان الجريمة هو عنصر العدوان أو البغى "L'élément d'antijuridicite"

(١) ومن أنصار هذا الاتجاه :

د/ عمر السعيد ، مرجع سابق ، ص ٤٨ - د/ محمد عمر مصطفى ، مقال سابق ص ١٤٧ - د/ عبد العظيم مرسى الوزير ، مرجع سابق ، ص ٣٠ - د/ جلال ثروت ، مرجع سابق ، ص ١٤٥ .

- LucAs de LEySSAC (M. P.) "Decision de justice civile et repression pénale" these Paris. 1975 P. P. 182 et. S.

- Salvage , O. P. Cit. NO 56 P. 31

(٢) د/ عوض محمد ، مرجع سابق ، ص ٥٢ - د/ محمود محمود مصطفى ، مرجع سابق ، ص ٣٦ .

(٣) د/ نجيب حسنى ، مرجع سابق ، ص ٤٦ - د/ حسنى الجندى ، مرجع سابق ، ص ١٣١ - د/ فوزية عبد الستار ، مرجع سابق ، ص ٢٣ .

- STEFANI (G) et LEVASSEUR (G) "droit pénal general Dalloz, ed, 1976. No 84, p.104.

- Levasseur (G). Bouloc (B) et vitu (A) "Le droit pénal général, Dalloz 2000, No 210, p 197.

- Canin, op. Cit. p. 8.

ويقصد به ألا يكون السلوك الإجرامى استعمالاً لحق أو أداء لواجب .^(١) ويضيف آخرون أن مرجع الخلاف بين الفقهاء يكمن فى تحديد الوضع الذى يتعين أن ندرس فيه أسباب الإباحة فالذين حصروا أركان الجريمة فى ركنين ألحقوا أسباب الإباحة بالركن المعنوى على أساس أن سبب الإباحة يعنى الخطأ أما الذين قالوا بثلاثية أركان الجريمة فإنهم جعلوا أسباب الإباحة من موضوعات الركن الشرعى على أساس أن قاعدة التجريم لا تطبق على الفعل^(٢) .

ومن جانبنا نرى الأخذ بالتقسيم الثنائى للجريمة ونرى عدم التسليم بوجود الركن الشرعى أى النص الذى يجرم الفعل وينص على عقوبة لأن هذا النص باختصار هو خالق الجريمة ومنشئها وليس من الصواب أن يقال أن الخالق عنصر فيما يخلقه ، إضافة الى ذلك أن اعتبار نص التجريم عنصر فى الجريمة سوف يثير صعوبة تتعلق بالقصد الجنائى ذلك لأن القصد وفقاً للراجح هو إرادة النشاط وإحاطة العلم بالعناصر الأخرى للجريمة.

الأمر الذى يتطلب فى حالة اعتبار النص عنصراً فى الجريمة - إحاطة العلم بنص التجريم ، وهو ما يصطدم بما هو مقرر من عدم جواز العذر بجهل قاعدة جنائية أو الخطأ فى فهمها.

أما إذا ما ذهبنا الى القول بأن الركن الشرعى هو الصفة غير المشروعة للفعل فإن هذا القول لا يختلف فى شئ عن القول بأن الركن الشرعى هو النص الذى يجرمه لأن مرجع الصفة غير المشروعة هو النص وليس من المعقول الفصل بين النص وحكمه إضافة الى أن الصفة لا تتميز عن نص التجريم بل هى جوهره وانعكاسه فهى مستخلصة منه وبالتالي فحكمها حكم نص التجريم.

(١) LARGUIER (J) "Droit pénal general et procedure pénale" Dalloze
eéd., 1967, p. 8.

LEVASSEUR (G) et (CHAVNNE (A) : "Droit
Pénal et procedure penalé" 2 e éd sirey 1975. No 96, p.
13.

(٢) د/ محمود محمود مصطفى ، مرجع سابق ، ص ٣٧ - د/ هلالى عبد اللاه احمد ، مرجع
سابق ، ص ٤٣ - د/ جلال ثروت ، مرجع سابق ، ص ١٤٥ .

ولا يشفع لإعتبارها ركناً في الجريمة صعوبة تحديد موضع أسباب الإباحة في النظرية العامة للجريمة إذ تحديد أركان الجريمة شئ ومنهج دراسة الجريمة شئ آخر. وعلى هذا غالبية الفقه في مصر. (١)

٨٩ أركان الجريمة في الفقه الإسلامي :-

سبق وأن بينا تعريف الجريمة وهي محظورات شرعية زجر الله عنها بحد أو تعزير ، وأن المحظورات هي : إما إتيان فعل منهي عنه ، أو ترك فعل مأمور به ، وقلنا : إن المحظورات وصفت بأنها شرعية لأنها يجب أن تكون محظورة بنصوص الشريعة (٢) .

ولما كانت الأوامر والنواهي تكاليف شرعية فإنها لا توجه إلا لكل عاقل فاهم التكاليف ويتبين مما سبق أن للجريمة بصفة عامة أركان لا بد من توافرها فهذه الأركان ثلاثة.

أولاً : أن يكون هناك نص يحظر الجريمة ويعاقب عليها.

ثانياً : إثبات العمل المكون للجريمة سواء كان فعلاً أو امتناعاً وهذا ما نسميه في اصطلاحنا بالركن المادي.

ثالثاً : أن يكون الجاني مكلفاً أي يكون مسئولاً عن الجريمة وهذا ما نسميه بالركن الأدبي. (١)

ونحن من جانبنا نرى أن الركن الشرعي لا يعد من أركان الجريمة وذلك لقوله تعالى : " قل أي شئ أكبر شهادة قل الله شهيد بيني وبينكم وأوحى الى هذا القرآن لا نذركم به ومن بلغ أعنكم لشهود أن مع الله إلهة أخرى قل لا أشهد قل

(١) د/ عبد العظيم مرسى وزير ، مرجع سابق ، ص ٢٧ - د/ محمد عمر مصطفى ، مقالة سابقة ، ص ١٤٥ ، د/ عمر السعيد رمضان ، مرجع سابق ، ص ٤٨ ، د/ محمد زكى أبو عامر ، مرجع سابق ، ص ٤١ - د/ على راشد ، المدخل وأصول النظرية العامة ، مرجع سابق ، ص ٢١٨ - د/ عادل عازر ، مرجع سابق ، ص ١٩ ، د/ أحمد فتحى سرور ، مرجع سابق ، ص ٢٥٦ - د/ عوض محمد ، مرجع سابق ، ص ٥١ - د/ ماجدة فؤاد محمود ، مرجع سابق ، ص ٢٥٠ .

(٢) راجع ص ١٠ من الرسالة.

(٣) عبد القادر عودة ، مرجع سابق ، ص ١١٠ ، د/ محمود نجيب حسنى ، مدخل للفقه الجنائى الإسلامى ، مرجع سابق ، ص ٤ .

إنما هو اله واحد وإننى برئ مما تشركون " (١) ووجه الاستدلال أن الإنذار هو الخبر المخوف وتبليغ القرآن والسنة مأمور بها ويؤيد ذلك ما ورد فى الخبر من بلغته آية من كتاب الله فقد بلغه أمر الله أخذ به أو تركه ، ومعلوم أن الشريعة فيها أوامر ونواهى والنواهى شاملة للقصاص والحدود وغير ذلك فالمأمور لابد أن يعلم بما ارتكبه حتى تأثم إرادته فى اتجاهها لفعل المعصية (٢) ومنها قوله تعالى : " من اهتدى فإنما يهتدى لنفسه ومن ضل فإنما يضل عليها ولا تزر وازرة وزر أخرى وما كنا معذبين حتى نبعث رسولا " (٣).

وجه الاستدلال بالآية أن الأحكام الشرعية التى يخاطب بها المكلفون لا تلزمهم حتى يبلغوا وهذا بمفهومه يشترط العلم للتكليف وهو عام فى كل الأحكام بما فيها أحكام القصاص والحدود وغير ذلك وفى الآية دليل على أن الأحكام فيها أوامر ونواهى ولا بد من معرفتها معرفة الثواب (٤).

مما سبق يتبين أن الأحكام المعلومة من دين المسلمين بالضرورة لا يعذر أحد بجهلها سواء كان بدار الإسلام أو دار الكفر. فاعتبار النص ركنا فى الجريمة يصطدم بهذه القاعدة (٥) هذا من ناحية ومن جانب آخر فالجريمة فى معناها اللغوى تنتهى إلى أنها فعل الأمر الذى لا يستحسن ، وإن المجرم هو الذى يقع فى أمر غير مستحسن مصرا عليه مستمرا فيه لا يحاول تركه فعصيان الله تعالى يعد جريمة وكذلك ارتكاب ما نهى الله تبارك وتعالى عنه يعد جريمة (٦).

فإن الله سبحانه وتعالى هو مبعث الرسالة الإلهية " وما أرسلناك إلا رحمة للعالمين " (٧) فمن غير المتصور أن تكون أوامر الشارع ونواهيه ركنا فى الجريمة فليس من الصواب أن يكون الخالق عنصر فيما يخلق.

(١) سورة الأنعام الآية (١٩)

(٢) لأبى بكر عبد الله محمد بن أحمد الخزرجى القرطبى ، الجامع لأحكام القرآن ، دار الفد العربى بمصر - طبعة دار الشعب ، بدون تاريخ ، ج ٣ ، ص ٢٤٨٥ .

(٣) سورة الإسراء الآية (١٥)

(٤) وفى تفسير الآية أى لم يترك الخلق سدى بل أرسلنا الرسل وفى هذا دليل على أن الأحكام لا تنسب إلا بالشرع خلافا للمعتزلة القائلين بأن العقل يقبح ويحسن ويبيح ويحظر ... تفسير القرطبى ، مرجع سابق ، ج ٥ ، ص ٣٩٦٠ .

(٥) د/ طارق محمد غزالى ، دراسة مقارنة تطبيقية بين الشريعة الإسلامية والنظريتين النفسية والمعيارية ، مجلة القانون والاقتصاد ، س ٦٤ ، ١٩٩٤ ، ص ١٢٦ .

(٦) راجع ص ١٠ من الرسالة.

(٧) سورة الأنبياء الآية : (١٠٧)

المطلب الثاني

تأثير الإكراه على ركنى الجريمة

سبق وأن بينا أن للجريمة ركنين مادي ومعنوي وهذان الركنان يجب توافرها لكي تقوم الجريمة.
وعليه سنتناول أثر الإكراه على هذين الركنين :

٩٠. أثر الإكراه المادي على الركن المادي للجريمة:

إن مسئولية المكره الجنائية تمتع بالتطبيق للأصول العامة في قانون العقوبات دون حاجة إلى نص يقرر ذلك وتطبيق هذه الأصول يؤدي بنا إلى القول بأن من باشر الإكراه يكون في حقيقة الأمر هو الذي ارتكب الفعل المعاقب عليه ، أما من وقع عليه الإكراه فلم يكن سوى أداة أو وسيلة في يد المكره الأمر الذي يستوجب تقرير مسئولية المكره جنائياً وإعفاء المكره منها والإعفاء هنا لا يتقرر بانتفاء الركن المعنوي بل أيضاً لأن الفعل المادي للجريمة لم يصدر عن المكره بل صدر عن غيره ^(١).

(١) د/ عبد العظيم مرسى الوزير ، شرح قانون العقوبات " القسم العام " ، دار النهضة العربية ١٩٩٩ ، ص ٥٧٦ - د/ محمد السعيد عبد الفتاح ، مرجع سابق ، ص ٦٥.

ففى حالة الإكراه المادى تعدم الإرادة فتمحو " السلوك الإنسانى " عند الفاعل وتحول بالتالى دون إسناد الجريمة اليه من الناحية المادية ^(١) ومن ثم لا تقوم رابطة السببية بين عنصرى الركن المادى للجريمة لكون أن السلوك صدر عن غير اختيار ولذلك يعد الحدث المادى من قبيل الظاهرة اللاشعورية مما يؤدى إلى إستحالة انتساب السلوك إلى الفاعل ومادام الفاعل يعد أجنبيا عن سلوكه فالنتيجة التى يعاقب عليها القانون لا تتحقق ^(٢).

(١) غير أن البعض يذهب الى أن الإكراه المادى ذو أثر على الركن المعنوى فيعدمه أو ، بمعنى أصح ، يمنع من قيامه ولا يكون على الركن المادى لأن المكره نفسه هو الذى يأتى بالفعل المادى المكون للجريمة إذا كانت الجريمة إيجابية ، أو لم يقم بما فرضه القانون إذا كانت الجريمة سلبية فالركن المادى فى حالة الإكراه المادى متوافر ولم يتخلف سوى الركن المعنوى ... د/ محمد عمر مصطفى ، مرجع سابق ، ص ٤٨.

ونحن من جانبنا لا نسلم بهذا الاتجاه لأن الإكراه المادى يحو السلوك الإنسانى والسلوك هو نشاط الإنسان فى العالم الخارجى القائم حوله سواء تمثل فى حركة الجسم أو عضو من أعضائه أو فى سكون جثمانى هو طريقة قيادة الإنسان نفسه إزاء العالم الخارجى المحيط به والنشاط الذى يعتد به القانون هو النشاط الذى يكون وراءه واقع طوعى أو بمعنى آخر هو سيطرة الإرادة على كل أجزاء الحركة العضوية وتوجيهها لها على نحو معين وفى هذا الصدد يجب عدم الخلط بين إرادة السلوك بوصفها عنصرا فى القصد أى فى الركن المعنوى وبين إرادة السلوك بوضعها عنصرا فى الركن المادى سواء كان فعلا أو امتناعا - ولايضاح ذلك إذا أمسك - أ - فجاء بيد - ب - القابض على سلاح نارى ثم ضغط على يده مما أدى الى إطلاق المقذوف الذى أصاب (ح -) فأرداه قتيلا ففى هذه الحالة لم يكن المكره الإمقتاد للعوامل الخارجية المادية فنشاطه يعد منعما فى صحيح القانون ذلك لأن يده ما كانت إلا أداة لتنفيذ عمل - أ - وبإعدام إرادة السلوك ينعدم النشاط وبالتالي الركن المادى للجريمة ... د/ رمسيس بهنام ، مقال سابق ، ص ٣٨ - د/ عوض محمد ، مرجع سابق ، ص ٢١٧ ، د/ زنون احمد الرجبو ، مرجع سابق ، ص ٧٩.

(١) علاقة السببية صلة تربط ما بين الفعل والنتيجة الإجرامية ولم يثر شك قط فى انتماء الفعل والنتيجة الى الركن المادى ومن ثم فلا يجوز أن يثار شك فى أن الصلة التى تربط بين عنصرين للركن المادى تنتمى بالضرورة الى هذا الركن كذلك. وجوه علاقة السببية أنها مجموعة من الآثار المادية التى تترتب على الفعل مباشرة ثم تطورت وتلاحقت حتى تبلورت فى النهاية فى صورة النتيجة الإجرامية ويعنى ذلك أن لها طبيعة مادية ويقتضى ذلك أن تطن فى ركن الجريمة ذى الصفة المادية ... المستشار/ عز الدين الديناصورى - د/ عبد الحميد الشوربى ، المسئولية الجنائية ، منشأة المعارف بالإسكندرية، بدون تاريخ ، ص ١٩.

٩١- أثر الإكراه المعنوي على الركن المعنوي للجريمة :-

فكرة الإكراه المعنوي منذ فجر التاريخ حتى الآن تتراوح بين نظريتين الأولى : النظرية التي سادت قروناً وهي تلك التي توصف بالنظرية " النفسية " وهي تصور الإثم على أنه محض علاقة نفسية تربط بين الفاعل والواقعة الإجرامية وتتخذ صورة القصد الجنائي أو صورة الخطأ " الغير عمدى " (١) .

(١) ويذهب أنصار هذه النظرية الى القول إذا كانت الإرادة متوفرة في كل من العمد وحالة الخطأ الواعي فإن الفرق بين الحالتين ينصرف الى طبيعة القاعدة الجنائية التي تقع الجريمة أخلاصاً بها. فالقواعد التي يخالفها القصد تختلف في مضمونها عن القواعد التي يخالفها من يرتكب الجريمة بحالة الخطأ غير العمدى : فالأولى تنهى عن تحقيق نتيجة ضارة ، أما الثانية فتنتهى عن تحقيق فعل ينطوى على خطر إحداث النتيجة ، وشكل الإثم المكون للركن المعنوي واحد في الحالتين ويتمثل في قصد الإضرار أو قصد الخطر.

ومفاد ذلك أن الخطأ الواعي أو مع التبصر يكون صورة من صور العمد ، في حين أن الخطأ غير الواعي أو بدون توقع يتخلف في الموقف النفسى وكذلك الإرادة ومن ثم يخرج من نطاق الركن المعنوي لأن الجاني لا يعلم بالخطر الذى ينتج عن فعله ولم يكن يرغب في الواقعة المكونة للجريمة ولا يجد العقاب عليه أساسه ولا تبريره إلا في مبدأ المسؤولية المادية. ويعاب على هذه النظرية أنها حصرت الركن المعنوي في مجرد علاقة نفسية وهذه العلاقة وحدها لا تستغرق هذا الركن بدليل أن العلاقة يمكن أن توجد في بعض الأحوال بين الجاني والواقعة ومع ذلك لا يتحقق الإثم فعدم الأهلية كالمجنون والصبي غير المميز يستطيع توجيه الإرادة وتمثيل النتيجة الضارة ومع ذلك لا ينسب اليه قانوناً وهو ما عليه في حالة الدفاع الشرعى والإكراه المعنوي.

كما أخذ على النظرية كذلك أنها تتعسف في إثبات إرادة النتيجة في حالة الخطأ الواعي. فالقول بأن الفاعل في هذه الأحوال قد أراد الواقعة الخطرة لأنه باشر النشاط عن اعتقاده بأن النتيجة الضارة لم تقع في حالته الخاصة غير صحيح لأنه في الحقيقة لم يوجه إرادته الى الواقعة الإجرامية برمتها وإنما الى شق منها هو السلوك وحده دون النتيجة ... د/ عمر السعيد رمضان ، بين النظريتين النفسية والمعارية للإثم ، مرجع سابق ، ص ٣ - د/ مأمون سلامة ، الأحكام العامة للمسؤولية الجنائية ، مجلة القانون والاقتصاد ، عدد خاص ، ١٩٨٣ ، ص ٤٨٧ - د/ حسنى الجندى ، مرجع سابق ، ص ٢٩٧.

والثانية النظرية المعيارية وطبقا لهذه النظرية أصبح الإثم حكما يصدر على مسلك الفاعل مضمونه لوم هذا المسلك أو استنكاره نتيجة لمخالفة للواجب الذي تفرضه القاعدة القانونية التي يضعها نص التجريم ويتطلب هذا الحكم لإمكان صدوره فضلا عن التحقق من توافر الرابطة النفسية بين الفاعل والواقعة الإجرامية في صورة القصد أو في صورة الخطأ بحث الظروف التي عمل فيها الفاعل والتي تكونت إرادته تحت تأثيرها وذلك لمعرفة ما إذا كان القانون يتطلب من الفاعل في هذه الظروف إحترام القاعدة التي يتضمنها نص التجريم الذي خالفه أم لا. ففي الحالة الأولى يسوغ قانونا مؤاخذة الفاعل على مسلكه ولومه فيتوافر الإثم في جانبه أما في الثانية فلا يكون ثمة محل لهذا اللوم وبالتالي يتخلف الإثم^(١).

وطبقا لمفهوم النظرية المعيارية فإن الإكراه المعنوي ينفي الركن المعنوي للجريمة لأن من وقع عليه الإكراه قد سبقت إرادته إلى الجريمة بسبب ظرف شاذ لا يمكن أن تلوم الفاعل عليه لأن القانون لا يخاطب إلا الشخص العادي المحمل بالغرائز فلا يمكن أن يتطلب من الفاعل مسلكاً مختلفاً عن المسلك الذي اختاره تحت تأثير الإكراه إذا نظرنا إلى الظروف غير الطبيعية التي تكونت فيها إرادته مع بقاء عدم مشروعية السلوك الإجرامى المكون للركن المادى^(٢).

فى حين يذهب البعض إلى القول بأن الإكراه الأدبى لا يمحو إرادة المكره بل تظل إرادته قائمة رغم ما يقع عليها من ضغط ، والنشاط الذى يصدر عنه تحت الإكراه لا يتحرر من صفة الإرادية بل يعتبر نابعا عن إرادته فهو نشاط ينتمى إليه

(١) ولكن يؤخذ على هذه النظرية أنها تصور الركن المعنوي على انه مجرد حكم يلوم الفاعل من أجل مسلكه ، وهذا الحكم يصدر عن القاضى ، وهذه النتيجة تتعارض مع وضع الركن المعنوي باعتباره ركنا فى الجريمة ، كما أن وصف اللوم الذى تخلعه على إرادة الفاعل وتجعله جوهر الركن لا يقتصر على الإرادة وحدها وإنما يشمل الإرادة فى مجموعها د/محمود نجيب حسنى ، القسم العام ، مرجع سابق ، ص ٥٠٣ - د/ عوض محمد ، مرجع سابق ، ص ٢٠٥ ، د/أحمد عوض بلال ، مرجع سابق ، ص ٢٦٩ - د/ حسنى الجندى ، مرجع سابق ، ص ٢٩٧.

(٢) د/ محمود نجيب حسنى ، مرجع سابق ، ص ٥٧٥ - د/ محمود محمود مصطفى ، مرجع سابق ، ص ٤٧٤ - د/أحمد فتحي سرور ، مرجع سابق ، ص ٥٢٠ - د/ إبراهيم ذكى اخنوخ ، مرجع سابق ، ص ٨٧ .

مادياً ومعنوياً ويظل المكروه أهلاً لتحمل المسؤولية^(١) ونحن من جانبنا لا نسلم بهذا الرأي لأن هذا يعد ترديداً لتعاليم النظرية النفسية ففي حين ينادون بأن الإكراه المعنوي لا ينفي الركن المعنوي ، الأمر الذي يتضمن قيام الإثم في جانب الفاعل إذا بهم يلتزمون له الإعفاء من العقاب لأن الرجل العادي من شأنه لو وجد مكان المكروه لارتكب الجريمة مثلما ارتكب الأخير الأمر الذي يدل على انتفاء الإثم من جانب الفاعل والواقع أنه أما أن يحمل الفاعل بالإثم وأما أن يرتفع عنه الإثم فلا يمكن أن يكون أثماً وغير آثم في آن واحد^(٢) .

٩٢- أثر الإكراه على الإثم في الفقه الجنائي الإسلامي :-

مسبداً الإثم الجنائي ليس غريباً على الفقه الجنائي الإسلامي بل إن مضمونه معروف فيه قبل الاعتراف به في التشريعات الأدبية وتوضيح ذلك أن الشريعة قد وضعت للتكاليف شروطاً تتعلق بالفعل موضوع التكاليف وكذلك شروطاً أخرى تتعلق بالشخص المخاطب به ، وهي شروط ، عند إمعان النظر ، تأتي كتطبيق لمبدأ لا عقوبة بغير إثم. فالفعل ينبغي أن يكون معلوماً للمكلف أو أن يكون في مقدوره أن يعلم به علماً وافياً وأن يكون في مقدوره القيام به والمكلف نفسه ينبغي أن يكون قادراً على الإدراك والاختيار^(٣) .

ويرفع الإثم لمن وجد عنده مانع من موانع الإرادة من ضرورة وإكراه وهذا ثابت في قوله تعالى : " من كفر بالله من بعد إيمانه إلا من أكره وقلبه مطمئن بالإيمان ولكن من شرح بالكفر صدراً فعليهم غضب من الله ولهم عذاب عظيم " ^(٤) ووجه الاستدلال بالآية أنها نص صريح في رفع الإثم عن المكروه وبالتالي انتفاء الركن المعنوي^(٥) .

وعن ابن عباس قال : قال رسول الله " صلى الله عليه وسلم " : (إن الله رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه) . ووجه الاستدلال بالحديث أنه رفع الإثم عن فعل المخطئ والمكروه والناسي ومن ثم انتفاء الركن المعنوي^(٦) .

(١) د/ عوض محمد ، مرجع سابق ، ص ٥٢٠ - د/ رمسيس بهنام ، مرجع سابق ، ص ٨٠٣ .
(٢) د/ يسر أنور ، مرجع سابق ، ص ٨٢ ، د/ رمسيس بهنام ، مرجع سابق ، ص ٨٠٣ ، د/ محمد السيد عبد الفتاح ، مرجع سابق ، ص ٨٧ .
(٣) د/ مأمون سلامة ، الأحكام العامة للمسؤولية الجنائية ، مرجع سابق ، ص ٤٧٥ ومشار إليه د/ أحمد عوض بلال ، مرجع سابق ، ص ٣١ .

(٤) سورة النحل الآية رقم (١٠٦)

(٥) سبق الإشارة إليه في المبحث الأول من الباب التمهيدى ص ٣٩ .

(٦) وقال الإمام الغزالي رحمه الله : الإكراه يسقط أثر التصرف عندنا إلا في خمس مواضع :- إسلام الحربى - القتل - الإرضاع - الزنا - الطلاق الإمام جلال الدين عبد الرحمن السيوطي ، الأشباه والنظائر في قواعد وفروع الفقه الشافعي ، دار الكتب العلمية - بيروت لبنان - بدون تاريخ ، ص ٢١٩ - ومشار إليه د/ طارق محمد غزالي ، مقال سابق ، ص ١٣٠ .

المبحث الثالث آثار الإكراه فى المسئولية

٩٣- تمهيد وتقسيم :-

الأصل وفقاً لمبدأ الشرعية الجنائية أن الأفعال جميعها مباحة ما لم يخضع المشرع منها لنص تجريم ينهى عنه ويقرر من أجله عقوبة ، صيانة لمصلحة معينة يراها المشرع جديرة بحمايته فإذا وجد نص التجريم أصبح الفعل جريمة فإذا جرم المشرع القتل ، فلأنه يهدف الى حماية حق الإنسان فى الحياة ، وإذا جرم أفعال الجرح أو الضرب ، فذلك من أجل حق الإنسان فى سلامة جسمه وتكامله الجسدى^(١).

غير أن الصفة الإجرامية التى يكتسبها الفعل بخضوعه لنص تجريم ليست ثابتة فى كل الأحوال ، بمعنى أنه إذا تحققت ظروف معينة يقرر المشرع معها انتفاء علة التجريم - أي زوال أهمية المصلحة التى كان المشرع يراها جديرة بالحماية الجنائية عند وضع نص التجريم - فإن الفعل يصبح مباحاً بعد أن كان مجرمًا ويعفى مرتكبه من أية مسئولية جنائية كانت أم مدنية^(٢).

وفى هذا الصدد يثار التساؤل حول التفسير الصحيح لعدم العقاب فى حالتى الإكراه المادى والمعنوى بالنسبة للمكره والمكره وهو ما نتناوله من خلال مطلبين .

المطلب الأول : المسئولية الجنائية للمكره.

المطلب الثانى : المسئولية الجنائية للمكره " القائم بالإكراه "

(1) Vitu, Traité de droit criminel, T. I., 4 éme éd., paris 1981, No. 386. P. - 490.

- Pradel (J.), Droit pénal, T. I., 1981, éd., Gujas, Paris, No. 244. P.259.

(٢) د/ أحمد شوقى عمر أبو خطوة ، الأحكام العامة لقانون العقوبات ، دار النهضة العربية ، ١٩٨٩ ، ١ ، البند ٢٧٨ ، ص ٣٠٦ .

المطلب الأول

المسئولية الجنائية للمكرة

٩٤- تمهيد :-

إن المكره على ارتكاب الجريمة إما أن يكره مادياً أو يكره معنوياً على ارتكابها ، من ثم تثار مشكلة المسئولية الجنائية عن الجريمة التي ارتكبها المكره مادياً والمكره معنوياً وهذا ما سوف نتعرض له.

٩٥- المسئولية الجنائية للمكره إكراهها مادياً :-

لم يحدد المشرع المصري في نصوص قانون العقوبات حكم الإكراه المادى ولكن يمكن القول بأن المكره إكراهها مادياً لا يسأل جنائياً لأن الذى ارتكب الفعل المعاقب عليه قانوناً ليس هو المكره بل القائم بالإكراه ، فالمكره لم يكن سوى أداة استخدمها القائم بالإكراه لتنفيذ الجريمة ، فالإرادة انتقلت لدى المكره ومن ثم تنتفى المسئولية وهذا واضح من نص المادة - ١٢٢ - ٢ من القانون الفرنسى الجديد حيث بينت سبباً آخر لإنعدام المسئولية هو الإكراه " فلا يكون مسئولاً جنائياً الشخص الذى يرتكب أي فعل تحت تأثير قوة أو إكراه " فالإكراه يسلب الإرادة ويجردها من حرية الاختيار ولكن لا تلغى الجريمة إنما فقط ترفع المسئولية الجنائية للمكره ^(١) .

والرأي السائد فى تبرير عدم عقاب المكره - والذى تؤيده من جانبنا - أن الإكراه المادى يعتبر معدماً للمسئولية الجنائية للمكره فلا يقوم الفعل من الناحية

(1) Desportes et le Guehec , op. cit , No 671, p. 583.

- Laingue - les adages du droit pénal. Rev. Sc-Crim, 1986. P. 43

المادية - فالإكراه المادي يعدم النشاط الجنائي ويقطع رابطة السببية بين عنصرى الركن المادى للجريمة (١).

٩٦- المسئولية الجنائية للمكروه إكراها معنوياً :-

سبق وأن بينا أن الإكراه المعنوى يمنع قيام الإثم لدى المكروه ومن ثم ينتفى الركن المعنوى فى الجريمة حيث لا تتوافر شروطه ، فالمكروه معنوياً بالرغم من أنه لم يستخدم كأداة فى ارتكاب الجريمة بل أتى الفعل المكون للجريمة تحت وطأه الإكراه فأرادته لم تكن حرة والنشاط لم يصدر عن اختيار حيث أتى الفعل فى ظروف شاذة وضغط أدى إلى نفي الإثم فى حقه ، فالمكروه معنوياً لا يسأل جنائياً عن الفعل الذى أتاه تحت وطأة الإكراه المعنوى (٢).

ولقد تعددت الآراء الفقهية القائلة بعدم العقاب فى حالة الإكراه المعنوى فيرى البعض أن الإكراه المعنوى يؤدي إلى انتفاء القصد الجنائي لدى المكروه ولكن هذا الرأي لا يمكن الاستناد إليه كمبرر لأن المكروه معنوياً أراد الجريمة بموازنة بين شرين واختيار أحدهما فأرادته لم تتعدم بل ضاق نطاق إختياره ومن ثم فالقصد لم ينتف (٣).

(١) فى حين يذهب البعض الى أن عدم العقاب فى الإكراه المادى يستند الى توافر سبب من أسباب الإباحة ولكننا نؤيد ما يذهب اليه البعض بأن أسباب الإباحة هى أفعال مجرمة فى أصلها لكن المشرع لاعتبارات تتعلق بالمنفعة الجماعية ينفى عنها الوصف الإجرامى ويجعل للفعل المباح مطابقاً للقانون فى حين أن الإكراه المادى معدم للإرادة لأن الفاعل لم يرتكب الفعل بل كان أداة وبالتالي لا يعدم الركن المعنوى كما أنه فى أسباب الإباحة يستفيد المساهم من الإعفاء إذا كان سبب الإباحة مطلقاً مثل الدفاع الشرعى وأداء الواجب ، واستعمال الحق ولا يستفيد المساهم إذا كان السبب نسبياً مثل ممارسة الأعمال الطبية والحق فى التأديب فى حين أن الإكراه المادى لا يستفيد فيه المساهمون ولا يشملهم الإعفاء .

- ويرى آخرون أن الإكراه المادى هو مانع من موانع المسئولية ولكن الإكراه المادى ليس مانعاً من موانع المسئولية إذ محل البحث فى امتناع المسئولية أن تتوافر الإرادة ثم يثار التساؤل حول ما لها من قيمة قانونية أم إذا كانت الإرادة أصلاً غير متوافرة فلا محل للبحث فى قيمتها د/ محمود نجيب حسنى ، شرح قانون العقوبات ، مرجع سابق ، ص ٥٦٠ - د/ رمسيس بهنام ، مرجع سابق ، ص ٩٧٧ ، د/ محمد السعيد عبد الفتاح ، مرجع سابق ، ص ٧٠

(٢) راجع - ص ٢٤ من الرسالة.

(٣) د/ عمر السعيد رمضان ، شرح قانون العقوبات ، مرجع سابق ، ص ٣١٠ ، د/ محمد السعيد عبد الفتاح ، أثر الإكراه على الإرادة فى المواد الجنائية ، مرجع سابق ، ص ٨٦

ورأى البعض الآخر إن الإكراه المعنوي هو عذر معفى من العقاب وإنه لا ينفى الركن المعنوي^(١)، وهذا الرأي لا يمكن الأخذ به . لأن الأعدار المعفية تفترض بقاء أركان الجريمة وشرط المسؤولية وإن المشرع يحدد هذه الأعدار على سبيل الحصر .

(١) ويذهب البعض الى القول بأنه ليس فى قانون العقوبات نص يبين حكم الإكراه الأدبى ، بل انه لا ذكر فيه لهذا الإكراه أصلاً. وإذا كان الفقه والقضاء يرتبان على الإكراه أثر فلائنه يجعل المكره فى حالة ضرورة ، وهذا يقتضى القول بأن للإكراه حكم الضرورة وعلتها وشروطها جميعاً. والإكراه بهذه الصفة مانع من العقاب وتكمن علته فى انتفاء الخطورة الإجرامية لدى المكره ومن أنصار هذا رأى د/ عوض محمد ، قانون العقوبات "القسم العام" ، مرجع سابق ، ص ٥٩٨ - د/ رمسيس بهنام ، مرجع سابق ، ص ٨٠٦ - د/ محمد على السالم عباد الحلبى ، شرح قانون العقوبات الأردنى ، مرجع سابق ، ص ٣٩٦ .

فى حين يذهب البعض أن موانع العقاب تتوافر لأسباب متعلقة بالجاني رغم توافر أركان الجريمة وتكامل عناصر المسؤولية الجنائية وأنها لا تنفى ركنها الجريمة بل كل ما تفعله هو انها تحول دون توقيع العقوبة وهذا الأثر لا يترتب إلا لمن تقرر له الإعفاء وبالتالي من قبل الاستثناء لا يجوز التوسيع فيه أو القياس عليه كما أن موانع العقاب أسباب قدرها الشارع لحسن السياسة ولتحقيق فائدة أجدر من العقاب د/ هلالى عبد اللاه ، مرجع سابق ، ص ٣٦٩ .

- وتختلف أسباب الإعفاء من العقاب عن الشروط الموضوعية للعقاب فى الحالة الأولى تنشأ سلطة الدولة فى العقاب لخطأ ارتكاب الجريمة وتكامل عناصرها القانونية وفقاً للنموذج القانوني الذى يحدده المشرع فى القاعدة القانونية. ويعقب ذلك حدوث واقعة طبيعية أو مادية أو قانونية يترتب عليها القانون انقضاء سلطة الدولة فى العقاب قبل أن يتم الاعتراف واقعياً بهذه السلطة من خلال الإجراءات التى حددها المشرع فى هذا الشأن.

- وفى الحالة الثانية الخاصة بالشروط الموضوعية للعقاب ، لا تنشأ سلطة الدولة فى العقاب عند ارتكاب الجريمة. فالقانون يعلق نشأة هذه السلطة على تحقيق شرط معين، ويقصد بذلك أن الواقعة المكونة للجريمة تتحقق بكامل عناصرها التكوينية ولكنها تظل غير قابلة لترتيب آثارها القانونية الى أن يتوافر شروط العقاب وتقرب أسباب الإعفاء من العقاب وشروط العقاب فى أن كلا منها لا يمس الصفة التجريبية للفعل وأن كلا منهما يتمثل فى حدث مستقل عن أركان الجريمة وعلى ذلك لا يشترك أي منها فى النموذج القانوني للجريمة.

- ومن الأسباب العامة للإعفاء من العقاب فى القانون المصرى وفاة المتهم والعفو الشامل الذى يصدر قبل الحكم البات ، وتقادم الدعوى وإلى جانب الأسباب العامة التى تشمل عامة الجرائم نص المشرع على أحوال خاصة للإعفاء من العقاب تسرى على جرائم معينة فيعفى الجاني فى جريمة الاتفاق الجنائي إذا أخبر الحكومة بوجود اتفاق جنائي وبمن اشتركوا فيه قبل وقوع أية جنائية أو جنحة أو قبل ونص المادة (٨٤) على إعفاء الجناة من العقوبة إذا بادروا بإبلاغ السلطات الإدارية أو القضائية قبل البدء فى تنفيذ الجريمة وقبل البدء فى التحقيق ... وفى جريمة الرشوة ، يعفى الراشى أو الوسيط من العقوبة إذا أخبر السلطات بالجريمة طبقاً لنص الفقرة الأخيرة من المادة ٤٨ من قانون العقوبات (مادة ١٠٨) من هذا القانون د/ أمال عبد الرحيم عثمان ، مقال سابق ، ص ٢٥٧ .

والرأى الصحيح والذي نؤيده أن التفسير الصحيح لعدم العقاب في الإكراه المعنوي هو أنه مانع من موانع المسؤولية وذلك لعدم توافر شروط قيام الركن المعنوي فلا يكفي لتأثير إرادة الفاعل أن يكون أهلاً لتحمل المسؤولية الجنائية وأن تتصرف إرادته إلى الفعل الذي يحرمه القانون أو الامتناع عن الفعل الذي يتطلبه القانون ، وإنما يلزم بالإضافة إلى ذلك أن يكون الفاعل قد باشر نشاطه في ظروف طبيعية من شأنها أن تسمح بتكوين إرادة حرة واعية ، ومن باشر جريمته تحت وطأة الإكراه المعنوي يباشرها في ظروف شاذة لا تسمح له بتكوين إرادة حرة فينتفى الإثم ومن ثم ينتفى الركن المعنوي .^(١) ويجب على القاضي لكي يقرر عدم مسؤولية المكره معنوياً أن يتعرف على قدرات الشخص وإمكاناته وما إذا كان

(١) د/ عمر السعيد رمضان ، بين النظريتين النفسية والمعيارية للإثم ، مرجع سابق ، ص ٦٧ - د/ أحمد فتحي سرور ، الوسيط في قانون العقوبات ، مرجع سابق ، ص ٥٢٢ - د/ محمد سامي النبراوي ، مرجع سابق ، ص ٤٣٠ ، د/ محمد السعيد عبد الفتاح ، أثر الإكراه على الإرادة في المواد الجنائية ، مرجع سابق ، ص ٨٨ .

- ويعمل البعض أن تأثير الإكراه بنفيه " الإثم " عن الإرادة ، وهذا الإثم يتمثل في تقديرهم " نية الإضرار أو بالرغبة الشريرة التي تدفع فاعل الجريمة لاقرارها " . وهذا التعليل يجعل من الإكراه مجرد " حدث طارئ " لا مانع مسؤولية ، ذلك أن الحدث الطارئ هو الذي ينفي عن الإرادة وصفها الجرمي بنفيه القصد والخطأ معاً ، ونفي الصفة الجرمية للإرادة هو نفي للإثم عنها ، وبذلك يكون هذا الرأي غير متسق مع خطة القانون ، ومن ناحية ثانية فالإثم يعني حتماً " نية الإضرار أو الرغبة الشريرة " فهذه عبارات غير محددة المدلول ، وإنما يعني القصد والخطأ في تعريفها المستقر وفي صورهما التي تختلف باختلاف الجرائم ... د/ محمود نجيب حسنى ، شرح قانون العقوبات اللبناني " القسم العام " ، مرجع سابق ، ص ٥١١ .

- ويذهب البعض إلى القول بأن الإكراه الأدبي من موانع المسؤولية رأى غير سديد ، لأن المسؤولية مناطها التمييز وحرية الاختيار فإذا تحقق هذا المناط ثبتت وإذا تخلف امتنعت ، والمراد بتخلف المناط عدم وجوده لا عدم تمامه ، فإذا توفر التمييز وحرية الاختيار قامت المسؤولية ولو اعتري هذه الجريمة عارض ضاقت بسببه إلى حد كبير . وإذا كانت السياسة الجنائية - في تقدير البعض - تقتضى التماس العذر للجاني بسبب هذا العارض واعفاءه من العقاب فإن التأصيل القانوني لا يقتضى بالضرورة إلحاق هذا العارض لموانع المسؤولية واعتباره قادحاً في الأهلية الجنائية ... د/ عوض محمد ، قانون العقوبات " القسم العام " ، مرجع سابق ، ص ٤٩٩

المكره حقا لا يملك أي قدرة في الاختيار ، أم يملك قدراً ضئيلاً ويستفيد من امتناع المسؤولية كل شخص ساهم في هذا الفعل وليس ذلك لكون الإكراه مانع من موانع المسؤولية عامة الأثر ، وإنما العلة أن شروط الإكراه يغلب توافرها بالنسبة لكل من ساهم في الفعل . والقانون الفرنسي يذهب إلى أن الإكراه لا يعد مانعاً من المسؤولية إلا إذا أدى إلى تضيق حرية اختياره نتيجة تهديد من الغير بارتكاب فعل غير مشروع فالإكراه البسيط الممارس من الزوجة تجاه زوجها أو العكس أو الإكراه الممارس من المخدم أو الموظف تجاه الخادم أو رئيسه في العمل لا يعدم المسؤولية عن الفعل المرتكب فيجب حتى يعتبر الإكراه مانعاً من المسؤولية أن تكون التهديدات كافية تماماً لحد الحرية والتفكير وأيضاً إذا كانت الجريمة مرتكبة نتيجة تحريض - فالقضاء لم يقبل فكرة الإكراه المعنوي بصدد أنها لأن التحريض لا يلغى المسؤولية الجنائية للفاعل^(١)

Cass.crim, 27 janv. Et 3 mars, 1944, D 1944, 92 Paris 22 oct, 1963. J. (١)
C. P. 1964. 11.

13522, note. Bouzat, Crim. 16 Mars 1972. B. No/08, 06s, LEGAL, Rev.

Levasseur, Bouloc , Vitu , Op.

ومشار إليه

cit., p, 358.

هذا ويلاحظ أن الدفع بالإكراه هو دفاع قانوني موضوعي جوهرى متعلق بمصلحة الخصوم فالدفع بتوافر مانع من موانع المسؤولية الجنائية كالدفع بوجود عاهة في العقل لدى المتهم أو يتحقق صورة من صور الإكراه المادى هو دفع متعلق بقانون العقوبات " ١٩٧٣/١٠/١ ، مجموع أحكام النقض ، س ٢٤ ص ٨٠١ ، ١٩٣٥/١/٢١ ، مجموعة القواعد ، ج ٣ ، ص ٤١٤ " ويعد دفعا موضوعيا لفقدان الجانى شعوره واختياره وقت ارتكاب الجريمة... ١٩٨٣/١/١٨ ، مجموعة أحكام النقض ، س ٣٤ ، ص ١٢٣ - وهو من الدفوع الجوهرية حيث لو ثبت صحته لترتب على ذلك امتناع المسؤولية ... د/ محمد السعيد عبد الفتاح ، مرجع سابق ، ص ١٥٤.

المطلب الثاني

المسؤولية الجنائية للمكره (القائم بالإكراه)

٩٧- تمهيد :-

سبق وأن انتهينا من مسؤولية كل من المكره مادياً ومعنوياً ورأينا كيف أنهما يعفيان من المسؤولية الجنائية ، وننتقل لبيان موقف المكره من المسؤولية الجنائية وسوف نتناول.

أولاً مسؤولية القائم بالإكراه المادى ثم نتبعه بمسؤولية القائم بالإكراه المعنوى.

٩٨- المسؤولية الجنائية للقائم بالإكراه المادى :

يسأل القائم بالإكراه المادى مسؤولية جنائية كاملة عن الفعل الذى تسبب فيه فالقائم بالإكراه هو الذى أراد الفعل وأراد النتيجة المترتبة عليه واستغل المكره فى التنفيذ فجعل جسم المكره أداة لتحقيق حدث إجرامى معين كأن يمسك زيد بيد بكر عنوة ويضع بها قلماً ثم يحركها بالقوة ليخط على مستند مزور الإمضاء باسم بكر أو أن يقذف زيدا بجسم بكر على صبي فيقع الصبي ويصاب بجروح ففى هذين المثالين الذى يسأل هو من قام بالإكراه وليس المكره فيسأل الأول عن جريمة تزوير أو جريمة إصابة الصغير^(١).

٩٩- المسؤولية الجنائية للقائم بالإكراه المعنوى :

والأمر لا يختلف كثيراً بالنسبة لمن قام بالإكراه المعنوى حيث أن المكره قد أتى الفعل تحت ضغط الإكراه فالمكره معنوياً أراد الجريمة مقهوراً مثل أن يهاجم قطاع الطرق عربة نقل محملة بالبضائع ويهددون سائقها بالقتل إن لم يسلمهم محتوياتها فيقدمها لهم تفادياً للموت فالقائم بالإكراه يعد قد أتى جريمتين ، الأولى : اعتداؤه على حرية المكره وتهديده بالقتل لإذعانه لارتكاب الجريمة ، الثانية ، وهى

(١) د/ جلال ثروت ، الدفعية العامة لقانون العقوبات ، مرجع سابق ، ص ٤٣١ . د/ محمد على السالم عياد الحلبي ، شرح قانون العقوبات الاردنى " القسم العام " ، مكتبة بغداد للنشر ، ط ١ ، ١٩٩٣ ، ص ٣٩٣

التي أتاها المكروه بتسليم البضاعة المملوكة للغير فالذي يسأل هنا هو المتسبب الحقيقي القائم بالإكراه وليس المكروه^(١).

١٠٠- موقف الشريعة الإسلامية :-

يختلف تأثير الإكراه على الجرائم في الشريعة الإسلامية وذلك حسب نوع الجريمة ولقد قسم فقهاء الحنفية وغيرهم الموضوعات التي يتناولها الإكراه فيؤثر في المؤاخذه وإن اختلف المقدار إلى ثلاثة أقسام :

□ **القسم الأول :** أن يحول الإكراه السام الفعل من كونه منهيًا عنه موضوع عقاب دنيوي وأخروي إلى مباح بل إلى واجب أحياناً ، وذلك إذا كان موضوع الإكراه أموراً تباح عند الضرورة بنص الشارع ومن ذلك أكل الميتة والدم ولحم الخنزير وشرب الخمر. فهذه الأمور إذا كانت موضوعاً لإكراه ملجئ فإنه في هذه الحال يباح له أن يتناول وعلى ذلك من شرب خمر بإكراه تام ، فقد شرب غير آثم وبذلك لا يكون الأمر مجرد إسقاط للعقوبة بل يكون الأمر فيه أن الفعل أصبح حلالاً لا إثم فيه^(٢).

□ **القسم الثاني :** فهو الإكراه في موضع لا يقبل النهي فيه الإسقاط ، كالنطق بكلمة الكفر ، أو بسب النبي - صلى الله عليه وسلم - أو الاعتداء على مال شخص معصوم ماله أي ليس حربياً والإكراه في هذه الحال لا يسقط النهي ، ولكن يرخص للمكروه مع ذلك أن يجيب من أكرهه ، ويقرر الفقهاء في موضوع هذا النوع من الإكراه فيه رخصة ترفيه ، لأن النهي في الموضوع مازال قائماً وإن كان الله سبحانه وتعالى قد جعل الفعل تحت تأثير الإكراه محل عفو^(٣) ومظهر الفرق بين هذا القسم وسابقه يبدو في أمرين :-

(١) د/ محمد سامي النبراوي ، شرح الاحكام العامة " لقانون العقوبات الليبي " ، مطبعة قاربونس

بنغازي ، ط ٣ ، ١٩٩٥ ، ص ٤١٧ . د/ محمد السعيد عبد الفتاح ، مرجع سابق ، ص ١٤٨ .

(٢) الإمام / علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي ، مرجع سابق ، ج ٧ ، ص ١٧٨

- د/ علي محجوب ، مرجع سابق ، ص ٧٠ .

(٣) الإمام/ شمس الدين احمد بن قودر ، مرجع سابق ، ص ٢٤٠ - الإمام/ محمد أبو زهرة ،

مرجع سابق ، ص ٤٥٨ .

أولهما : من ناحية الثواب الأخرى ، فإن من يصبر على الأذى ولا ينطق بكلمة الكفر يثاب على ذلك ، وكذلك من يمتنع عن الاعتداء على مال غيره تحت تأثير الإكراه التام حتى ينزل به الأمر المهدد به يثاب على ذلك .

ثانيهما : الحكم الدنيوي فإن من أُلِف مال الغير تحت تأثير إكراه تام فإن الإكراه يعفيه من الضمان ولكن إن أكرهه على أكل مال الغير . ولو إكراهاً تاماً فإن ذلك فيه الضمان على الحال .

والمكره على إتلاف مال الغير إذا أُلِفَه يجب الضمان على المكره دون المكره إذا كان الإكراه تاماً (١)

□ **القسم الثالث :** هو الإكراه في موضع لا يرخص في انتهاكه ولا يباح ، بل إن المكره يكون أثماً ، ولو فعل تحت تأثير الإكراه التام . ومن ذلك الإكراه على ضرب الوالدين ، أو قتل معصوم الدم ، أو قطع طرف من أطرافه ، فإن الإكراه لا يجعل العمل مرخصاً فيه ، ولا يبيحه ، أما ضرب الوالدين فإن النهي عنه أبدى ، إذ يقول سبحانه : " ولا تَقْل لهما أف ولا تنهرهما وقل لهما قولا كريماً * واخفض لهما جناح الذل من الرحمة وقل رب أرحمهما كما ربياني صغيراً " (٢)

وإن الإكراه بالقتل أو قطع عضو من الأعضاء لا يبيح للمكره ذلك ، ولو فعل يكون أثماً لأن الله سبحانه وتعالى يقول : " والذين يؤذون المؤمنين والمؤمنات بغير ما اكتسبوا فقد احتملوا بهتاناً وإثماً مبيناً " (٣) . ولأن الله تعالى يقول " ولا تقتلوا النفس التي حرم الله إلا بالحق " (٤) .

(١) وأما التهديد بإتلاف المال عند المالكية فقد اضطربت الرواية عندهم ، حيث في الشرح الصغير " أعلم أنه جرى في التخويف بأخذ المال ثلاث أقوال قيل إكراه وقيل ليس بإكراه ، وقيل إن كثير فإكراه وإلا فلا . الأول لمالك والثاني لأصبخ والثالث لابن الماجشون أي إن كان كثير فإكراه وإن كان قليلاً لم يكن إكراهاً د/ محمد أحمد مكي ، مرجع سابق ، ص ٤٦٠ .

(٢) سورة الإسراء : الآية (٢٣ ، ٢٤)

(٣) سورة الأحزاب : الآية (٥٨)

(٤) سورة الأنعام : الآية (١٥١)

ولأن الأساس فى الترخيص وزوال الإثم بالإكراه أن المكره إكراهاً تاماً يفعل ما يفعله محافظة على حياته من غير أن يكون فى الصادر عنه إتلاف لحياة غيره ، فكان الترخيص له فى فعل ما يفعل تحت تأثير الإكراه لدفع الضرر الكثير عن نفسه بالضرر اليسير الذى يناله غيره بفعله ، أما فى الإكراه على قتل الغير أو قطع عضو من أعضائه فإنه ليس فى الترخيص دفع ضرر كبير باحتمال ضرر يسير ، بل فيه رفع ضرر متوقع بضرر واقع ثابت يماثله أو يزيد عليه ، ولذلك لا يباح بحال من الأحوال الإعتداء على النفس أو العضو تحت تأثير الإكراه ^(١) .

وجمهور الفقهاء اتفقوا بالنسبة لجريمة القتل أو قطع عضو من الأعضاء على أن الفعل لا يخلو من عقوبة بدنية وأن العقوبة تكون القصاص ولم يخالف فى ذلك إلا رأى فى المذهب الحنفى ونسب إلى أبى يوسف فقد قرر أن الواجب هو الدية باعتبار أن القصاص يدرء بالشبهة. ولكن من يقتص منه أهو المباشر للقتل والقطع أم الحامل عليه ؟

قال أحمد ومالك رضى الله عنهما : أنه يقتص منهما معاً باعتبارهما شركاء فى الجريمة هذا بإكراهه وذلك بمباشرته ، لأن المكره تسبب فى الفعل - وكذلك الشأن فى الاعتداء على الأطراف بالنسبة للقصاص والدية ، هذا مذهب الإمامين أحمد ومالك ، أما مذهب الشافعى ، ففيه وجهان : أحدهما : كمذهب أحمد ومالك ، والآخر : إن القصاص على الحامل دون المباشر كراى أبى حنيفة والذى فيه ثلاثة آراء :-

اولهما : رأى زفر ، وهو أن القصاص فى الاعتداء على النفس والأعضاء إن كان الفعل يوجب فى أصله القصاص يكون من المباشر دون المكره وذلك لأن الفعل منسوب إليه.

(١) د/ محمد على محجوب ، مرجع سابق ، ص ٧١ - الإمام/ محمد أبو زهرة ، مرجع سابق ، ص ٤٦١

ثانيهما: رأى أبو يوسف وهو أنه لا قصاص لا على المباشر ولا على من أكرهه بل تجب الدية على المكره وحجته أن المكره لا يعد قاتلاً ، وأقصى ما يوصف به فعله أنه متسبب والتسبب لا يوجب القصاص بمقتضى نظرية الحنفية.

ثالثهما: وهو الراجح في المذهب الحنفى ، وهو أن القصاص على الحامل دون المباشر ^(١) .

هذا هو حكم الإكراه في الفقه الإسلامى ونرى معه أن الإكراه غير الملجئ لا يترتب عليه إسقاط التبعات الجنائية ، أما الإكراه الملجئ فهو الذى يؤثر فى تحمل التبعة من الناحية الجنائية على التفصيل الذى سبق وأن أشرنا إليه.

-
- (١) الإمام/ موفق الدين أبى محمد بن أحمد بن محمود بن قدامه ، مرجع سابق ، ص ٣٣ .
- د/ محمد أحمد مكين ، مرجع سابق ، ص ٢٠٢ .
 - د/ محمد على محبوب ، مرجع سابق ، ص ٧١ .
 - الإمام/ شمس الدين أحمد بن قودر ، مرجع سابق ، ص ٢٤٤ .
 - الإمام/ محمد أبو زهرة ، مرجع سابق ، ص ٤٦٥ .

الفصل الثاني ماهية ظرف الإكراه

١٠١- تعريف ظروف الجريمة :-

أكد علماء الأخلاق أن صلاحية العمل الإنساني لتحقيق أهدافه تتوقف الى حد كبير على الظروف المصاحبة له وقت التنفيذ فتصرف الفرد في مواقف معينة يختلف من وقت لآخر تبعا لاختلاف ما يحيط به من ظروف متنوعة. ومن شأن هذه الظروف التأثير في جسامته. والجريمة كغيرها من الأعمال الإنسانية قد لا تتحقق في صورتها المبسطة فقد تصاحبها عناصر مختلفة تحدث تغييرا كميا في موضوع الجريمة أي في جسامتها ويطلق على تلك العناصر " ظروف الجريمة " (١).

(١) ويرجع منشأ هذه الظروف الى أن الجزاء الذي يقرره المجتمع ضد من يقترب جريمة تخالف نظمه وأوضاعه - هذا الجزاء قد تطور تطورا واسعا المدى على مر العصور والأيام فقديما وقبل الثورة الفرنسية كان هذا الجزاء تحكميا إذ كان للحاكم حق توقيع الجزاء الذي يراه بعد أن تثبتت التهمة قبل الجاني وقد عني القانون الروماني بتقسيم الجرائم الى عدة طوائف كما أهتم بتعداد الظروف التي من شأنها التأثير على جسامه الجريمة ، وعلى قدر العقوبة ، وسمح للقاضي - عند تقديرها - أن يدخل في اعتباره ، سبعة ظروف تتعلق ببواعث الجاني ، وحالته الشخصية ، وسنه ، ومكان وزمان ارتكاب الجريمة وما اقترن بها من أفعال تؤثر في كميتها ونوعها ثم ما ينجم عنها من آثار .

Forgeau (Alfred), th éorie des circonstances atténuantes., thèse paris, 1886, P.103 etss.

وفى عهد القانون الفرنسي القديم ساد مبدأ التحكم في تقدير العقوبة *orbitris judicis* وعلى الرغم من ذلك فقد ذهب بعض شراحه الى أن الجريمة يمكن أن تكون أشد أو أقل جسامه حسب مكان وزمان وسبب ارتكابها وتبعا لمدى درجة الإثم التي تتطوى عليها إرادة الجاني وكذلك وفقا لأعراف الجناه واسلوب حياتهم وهكذا حاول الفقه أن يبصر للقاضي - في ظل مبدأ التحكم الطريق واجتهد في إمداده بالمعايير التي تمكنه من تحقيق أكبر قدر من التناسب بين الجريمة والعقوبة ثم اندلعت الثورة الفرنسية في سنة ١٧٨٩ وقضت على كل سلطة للقاضي في تقدير العقوبة وأقرت بذلك نظام العقوبة الثابتة *Peine Fixe* بيد انها لم تقو على التكر للمبادئ الأساسية التي نهضت عليها والتي نادى بها فلاسفة القرن الثامن عشر من أجل كفالة أكبر من حرية الإنسان وكرامته. -

Madaule (jacques), Histoire de France, Tome II, Paris 1966, p. 167 etss. =
وما أن اتاحت للشارع الفرنسي فرصة تعديل قانون العقوبات الصادر سنة ١٧٩١ حتى اغتتمها
فى سنة ١٨١٠ ونص صراحة فى المادة ٤٦٣ على نظرية الظروف المخففة ولكنه أورد
عليها الكثير من القيود التى أفقدتها وجودها وانتهى الأمر بها الى مالا تفره العدالة.
Levasseur (G) , Bouloc (B) et vitu (A) le droit pénal général, Dalloz , 2000,
No. 157, p. 154.

وينقضى أكثر من خمسين عاماً على تطبيق المادة ٤٦٣ عقوبات فرنسى بعد تعديلها سنة ١٨٣٢
ويستشعر كثير من الفقهاء والقضاء قسوة العقوبة على الرغم مما أصابها من تخفيف واضح
بالقياس الى ما كانت عليه من قبل ويظهر مشروع بوزاريان فى مايو سنة ١٨٨٥ بشأن
الظروف المخففة وينادى بضرورة التوسع فى التخفيف ذلك أن مجرد القول بتوافر الظروف
المخففة ما كان يعنى إلا مجرد انقاص العقوبة درجة أو درجتين فحسب ورأى أن ذلك إنما
يكون بالأخذ بما اسماء الظروف المخففة

هذا فى الوقت الذى كانت تسير فيه مصر على نظام أسوا حيث كانت ولاية عثمانية تحكمها تعليم
المذهب الحنفى فى المسائل الجنائية ولم تكن اللائحة الجنائية التركية الصادرة سنة ١٨٤٠
مطبقة فيها الى أن أصدر الخديوى سعيد فى ٢٤ يناير ١٨٥٥ قانون العقوبات وكان يورد
حدين أقصى وأدنى لكل عقوبة ويمنع القاضى من مجاوزتها صعوداً أو هبوطاً.
ومن ذلك يستبين أن المشرع قدر سلفاً أن هناك ظروفاً تقترب بالجريمة وتلازمها ... أو تلازم
مرتكبها غير انه لا يمكن تحديد هذه الظروف مقدماً - مما يوجب ترك أمر اختيار الجزاء
المناسب والملائم للقاضى الذى تعرض عليه هذه الظروف فى حدود الحدين الأدنى والأقصى
. ولما كانت التشريعات لم تضع نظرية عامة تنظم هذه الظروف وتجمع شملها وترجعها
بصفة عامة الى مصدر أو مصادر محددة ومعينة فقد نشط الفقهاء فى هذا الصدد وحاول كل
منهم أن يرجعها الى عناصر محددة ، منها ما يرجعها الى الباعث أو المكان والزمان وكذا
الصفة بالنسبة الى الجانى والمجنى عليه ثم الى الوسيلة المستخدمة فى الجريمة وأخيراً الى
البيئة ... د/ حسنين إبراهيم صالح عبيد ، النظرية العامة للظروف المخففة ، رسالة دكتوراة
حقوق القاهرة ، ١٩٧٠ ، ص ٧ ... حسن البغال ، الظروف المشددة والمخففة فقها وقضاء ،
دار الفكر الحديث ، ١٩٥٧ ، ص ٨ .

وتُعرف ظروف الجريمة بأنها عناصر تلحق بها أحياناً ويترتب عليها تغيير الوصف القانوني لها أو تغيير في العقوبة المقررة لها ^(١) ويعرفها آخر بأنها ... " عناصر أو وقائع عرضية تبعية للجريمة لا تدخل في تكوينها القانوني وإنما تضاف إليها إذا كانت قائمة فعلاً فتعدل من آثارها العقابية بتخفيض أو بتشديد العقوبة المقررة لها بحسب الأصل " ^(٢).

ويعرفها ثالث بأنها ... " عناصر تبعية تفترض وجود الواقعة الأساسية المكونة للجريمة بكامل عناصرها التكوينية " ^(٣).

ويختلف ظرف الجريمة عن ركنها ، فتختلف هذا الأخير يعنى ألا يوصف الفعل أو الامتناع بأنه جريمة . أما الظرف ، فإن وجوده أو عدمه لا يؤثر في الوجود القانوني للجريمة ، ويترتب على تحققه زيادة أو نقصان في جسامه الجريمة مما يستوجب تشديد أو تخفيف العقوبة فهو يحدث تغيراً كمياً أو نوعياً في العقوبة المقررة أصلاً للجريمة ^(٤). فالسرقة لها صورة بسيطة تقوم بمجرد توافر أركانها الخاصة (المادة ٣١٨ من قانون العقوبات) ولكن قد يتوافر لها عنصر إضافي فيكون السارق خادماً ارتكب السرقة إضراراً بمخدومه (المادة ٣١٧ من قانون العقوبات ، الفقرة السابعة) أو ترتكب السرقة ليلاً (المادة ٣١٧ ، الفقرة الرابعة) - فيكون صفة الخادم أو الليل طرفين للسرقة يغيران من وصفها ^(٥).

ويقال إن النموذج الأصلي هو الذي يرد تحديده في " النص الأم " وهو عبارة عن نموذج الجريمة في أبسط صورها فالنص الأم أو النص الأصلي يعتبر بمثابة المحور الذي تدور حوله نصوص أخرى بعضها يحدد نموذج خاص

(١) د/ محمود نجيب حسنى ، مرجع سابق ، ص ٤٩ . د/ فوزية عبد الستار ، مرجع سابق ، ص ٢٦ .

(٢) حسنين عبيد ، قانون العقوبات " القسم العام " ، دار الفكر العربى ، ط ٢ ، ٦١٩٧٦ ، ص ٤٧٦ - د/ محمد هشام احمد ، رسالة سابقة ، ص ٢٠ - السيد حسن البغال ، مرجع سابق ، ص ١١

(٣) د/ عبد الحميد الشواربى ، ظروف الجريمة المشددة والمخففة ، دار المطبوعات الجامعية ، ١٩٨٥ ، ص ١١

(٤) د/ آمال عبد الرحمن عثمان ، مقال سابق ، ص ٥٨

(٥) د/ محمود نجيب حسنى ، مرجع سابق ، ص ٥٠ - د/ محمود نجيب حسنى ، المساهمة الجنائية في التشريعات العربية ، مرجع سابق ، ص ٧٩

للجريمة وبعضها يقتصر على تحديد الظروف التي تغير جسامة الجريمة الأصلية ، ومن ذلك يتبين إمكان الخلط بين الأركان والظروف ^(١).

١٠٢- أهمية التمييز بين أركان الجريمة وظروف الجريمة :

١- يتعين لمساءلة المساهم في الجريمة أن يكون عالماً بجميع أركانها وأن تكون إرادته قد اتجهت إلى ارتكاب الجريمة (الجريمة العمدية) أما بالنسبة للظروف لا تشترط معظم القوانين العلم بالظروف المادية التي تلحق بالجريمة بل أن بعض النظم لا تشترط العلم بالظروف الشخصية التي تسهل ارتكاب الجريمة ^(٢).

٢- تتطلب بعض التشريعات وجوب تقديم شكوى من المجنى عليه في جرائم معينة لجواز رفع الدعوى الجنائية ولكن إذا وقعت تلك الجريمة مقترنة بظروف مشددة فيكون للنيابة مطلق الحرية في رفع الدعوى الجنائية فتستلزم المادة (٦٤٩ من قانون العقوبات الإيطالي) مثلاً ضرورة تقديم شكوى لجواز رفع الدعوى الجنائية في جرائم السرقة بين الأصول والفروع ، ولكن إذا وقعت الجريمة باستعمال العنف فيكون للنيابة حرية التصرف في الدعوى ^(٣).

٣- لا تستطيع محكمة الجنايات أن تناقش المتهم إلا عن الأفعال الواردة في قرار الاتهام فإذا اكتشفت أثناء المحاكمة ركناً أساسياً لجريمة جديدة فإنها تمتنع عن

(١) د/ عادل عازر ، مرجع سابق ، ص ٣٢

(٢) د/ ماجدة فؤاد محمود ، مرجع سابق ، ص ٥٥

(٣) في حين وضع المشرع المصري في المادة ٣١٢ عقوبات حكماً " اجرائياً " يطبق في جميع صور السرقة أي سواء اكانت السرقة بسيطة ، أم ذات ظروف مشددة أو مخففة ، وفحوى هذا الحكم انه لا تجوز محاكمة من يرتكب سرقة أو إضراراً بزوجة أو بزوجه أو أصوله أو فروعه إلا بناء على طلب المجنى عليه ولهذا الأخير ان " يتنازل " عن دعواه في اية حالة كانت عليها كما ان له ان يوقف تنفيذ الحكم نهائياً مع ملاحظة انه إذا كانت السرقة " باكراه " فان فعل العنف المادي يؤاخذ عنه الجاني استقلالاً - عند عدم تحريك دعوى السرقة وفقاً لإرادة المجنى عليه - وذلك باعتباره من جرائم الاعتداء على الأشخاص كالضرب أو نحوه ، ويخضع هذا الفعل للقاعدة العامة في تحريك الدعوى من النيابة لمطلق حرمتها ... د/ عبد المهيمن بكر ، جرائم الاعتداء على الأشخاص ، بدون جهة بشر ، ١٩٦٦ ، بند ١٨٩ ، ص ٣٣٦ - د/ محمد إبراهيم رشدان ، قانون العقوبات " المقارن " - القسم الخاص ، ١٩٧٤ ، بند ٢٣١ ، ص ١٧٦ .

الحكم فيها وتقرر إجراء تحقيق جديد. أما إذا إكتشفت ظروفًا مشددة لم يشر إليها قرار الاتهام فمن حقها أن تحاكمه عليها من تلقاء نفسها مع تنبيه المتهم إليه. (١)

١٠٣- تقسيم :-

سنقسم الدراسة في هذا الفصل إلى مبحثين على النحو التالي .

المبحث الأول : التمييز بين الظروف المشددة وأركان الجريمة.
المبحث الثاني : الإكراه كظرف في الجريمة .

(١) إذا اتضح لمحكمة الجنايات أثناء نظر الدعوى توافر عناصر جديدة مكونة لجريمة أخرى غير المنظورة أمامها، فلا يجوز أن تحكم فيها مع الجريمة الأصلية دون توجيه التهمة الى المتهم وتنبيهه اليها فنص المادة ١١ من قانون الإجراءات الجنائية " يجوز للمحكمة في هذه الحالة أن تقيم الدعوى وتحيلها الى النيابة العامة لتحقيقها والتصرف فيها كما أن للمحكمة أن تدب أحد أعضائها للقيام بإجراء التحقيق. وإذا صدر قرار في نهاية التحقيق بإحالة الدعوى الى المحكمة وجب إحالتها الى محكمة أخرى" .

هذا وتنص المادة ٣٠٨ من قانون الإجراءات الجنائية على أن " للمحكمة أن تغير في حكمها الوصف القانوني للفعل المسند للمتهم ولها تعديل التهمة بإضافة الظروف المشددة التي تثبت من التحقيق أو المرافعة في الجلسة ولو كانت لم تذكر بأمر الإحالة أو التكليف بالحضور. وعلى المحكمة أن تنسب المتهم الى هذا التغير وأن تمنحه أجلاً لتحضير دفاعه بناء على الوصف أو التعديل الجديد إذا طلب ذلك " .

ومع ذلك تنص بعض القوانين على أن لمحكمة الجنايات أن تتعرض للظروف التي تتكشف أثناء المحاكمة ولا تستلزم أي إجراءات جديدة أو تحقيق جديد (المادتان ٣٣٨ إجراءات فرنسي ، ٤٠٣ إجراءات إيطالي) ... د/ محمد هشام أبو الفتوح بدوي ، مرجع سابق، ص ٢٦

المبحث الأول التمييز بين أركان الجريمة والظروف المشددة (١)

اقترح الفقهاء عدداً من المعايير للتفرقة بين أركان الجريمة والظروف المشددة فمنهم من أخذ بمعيار " الأثر القانوني للعنصر " ومنهم من أخذ بمعيار " إسم الجريمة وعنوانها " ومنهم من أخذ بمعيار " المال والمصلحة القانونية للعنصر " ومنهم أخيراً من أخذ بمعيار " وظيفة الركن والظرف المشدد " هذا ويجدر بنا عرض كل معيار من المعايير على النحو التالي :

(١) لقد ذهب جانب من الفقه الفرنسي الى عدم اختلاف ظروف الجريمة عن اركانها من الناحية التكوينية فبالإطلاع على النصوص التشريعية المقررة للظروف يكشف عن انها قد تتمثل في صورة خاصة بالقصد أو الخطأ وهي تتعلق بالركن المعنوي للجريمة كما قد تتمثل في نتائج معينة تتعلق بالركن المادى أو في صفة خاصة بالجاني أو المجنى عليه كما قد تتمثل أخيراً في كيفية تنفيذ الفعل المرتكب.

وعلى ذلك فليس من المقبول القول بوجود تفرقة بين أركان الجريمة وظروفها ...

Dalloz, Répertoire de droit criminel, 1953, No 6. P 396 .

د/ حسنين صالح عبيد ، مرجع سابق ، ص ٩٣

فجريمة القتل فى القانون الفرنسى يعاقب مرتكبها بالأشغال الشاقة المؤبدة بينما ينص على عقوبة الإعدام إذا كان الفاعل من بين فروع المجنى عليه. وقد حكمت بعض المحاكم فى فرنسا بأن هذه الصفة تعتبر عنصراً مكوناً لجريمة خاصة متميزة عن جريمة القتل العادية وأنه ترتباً على ذلك فإن شريك " الفرع " الذى يساهم فى جريمة قتل الأصول لا يسأل عن هذه الجريمة.

Cass. Crim., 23 nov. 1972, B. n0. 288.

Cass. Crim., 14 sept. 1976, B. n0. 272.

Jeandidie, op. cit, No 292, p. 314.

ونحن من جانبنا نرى عدم صواب ما انتهى إليه هذا الرأى حين تصور أن النموذج ذات الظرف نموذجاً مستقلاً عن نموذج الجريمة البسيطة لأن هذا يؤدى الى القول بأن الظرف يحمى مصلحة تغاير تلك التى يستهدف النص البسيط حمايتها وهو ما لم يقل به أحد لأن الظرف ليس من شأنه التغير فى المصلحة التى يتكفل النص الأصلى بحمايتها ... د/ حسنين

صالح عبيد ، مرجع سابق ، ص ٩٣.

١٠٤- معيار الأثر القانوني

يذهب أصحاب هذا الرأي إلى أن بعضاً من عناصر الجريمة ^(١) يمكن أن يدخل في تكوينها أي يعد ركناً فيها ، كما يمكن أن يقتصر على مجرد كونه ظرفاً لها.

ولمعرفة ما إذا كان ذات العنصر يعد ركناً أو ظرفاً قالوا بالتفرقة بين العناصر التي تغير من وصف الجريمة وتلك التي تقتصر فقط على مجرد التعديل في العقوبة ^(٢) غير أنهم يختلفون فيما بينهم في تحديد المقصود بوصف الجريمة فيرى بعضهم أن المقصود بالوصف هو التعيين أي تعيين نوع الجريمة .

وتأسيساً على ذلك فإذا كان العنصر الجديد يغير من وصف الجريمة أو من طبيعتها فإنه يعد ركناً أما إذا اقتصر على مجرد التعديل في العقوبة كان مجرد ظرفاً ومن هذا القبيل الإكراه في جريمة السرقة (مادة ٣١٤ عقوبات) أما الظروف فهي لا تغير من وصف الجريمة أو من طبيعتها ويقتصر تأثيرها على تغير في العقوبة ومثالها التعدد والكسر والتسلق (مادة ٣١٧ عقوبات) ^(٣) .

ويرى البعض الآخر أن الوصف هو خلاصة اجتماع عدد معين من العناصر مما يستتبع خضوع الفعل مقترباً بالوصف الجديد لنص قانوني جديد قد

(١) تنقسم عناصر الجريمة إلى نوعين أركان وظروف والأركان نوعان : عامة وخاصة والأركان العامة تشترك فيها الجرائم جميعاً وانتفاء أحدهما يعني انتفاء الجريمة ذاتها وتحولها إلى نشاط لا يعاقب عليه القانون. أما الأركان الخاصة فتتميز بها كل طائفة من الجرائم عن سواها واليه يرد الاسم القانوني الذي تحمله وتقوم بأحد دورين: فهي إما أن تعطى الفعل صفة الإجرامية وإما أن تعطى الجريمة اسمها القانوني فإن كان لها الدور الأول ترتب على انتفاءها أن يصير الفعل مباحاً وإن كان لها الدور الثاني ترتب على انتفاءها مجرد تحول الجريمة أي استبدالها اسماً آخر... د/ محمود نجيب حسنى ، المساهمة الجنائية في التشريعات العربية ، محاضرات القاها على طلبة قسم الدراسات القانونية بمعهد الدراسات العربية " جامعة الدول العربية " ، ١٩٦٠ ، بند ٧٩ ، ص ١٨٥ .

(٢) د/ محمود نجيب حسنى ، مرجع سابق ، بند ٣٩ ، ص ٤٩ - د/ فوزية عبد الستار ، مرجع سابق ، بند ٢٤ ، ص ٢٦ - د/ سلوى توفيق - د/ على حمودة ، مرجع سابق ، ص ١٤٩ .

(٣) د/ محمود محمود مصطفى ، مرجع سابق ، بند ٢٣ ، ص ٤١ - د/ هلالى عبد الله احمد ، مرجع سابق ، ص ٤٧ - د/ محمد سامى النبراوى ، مرجع سابق ، بند ٧٣ ، ص ٩٤ .

يتضمن في نفس الوقت تعديلاً في الاسم القانوني^(١) وقد لا يتضمن.

فإذا كان الأول عد ركناً في الجريمة أما في الثاني فلا يعدو أن يكون ظرفاً ومفاد ذلك أن ظروف الجريمة وفقاً لهذا الرأي الأخير هي تلك التي يقتصر تأثيرها على العقوبة فإن جاوزت هذا الأثر إلى التغيير في وصف الجريمة أصبحت ركناً.

اعتمد هذا الرأي في محاولته للفرقة بين أركان الجريمة وظروفها على تحديد الأثر القانوني المترتب على العنصر ، فإن اقتصر على التعديل من قدر العقوبة كان ظرفاً أما إن جاوزه إلى التغيير في وصف الجريمة كان ركناً^(٢).

ويذهب البعض أن هذه التفرقة لا تقوم على أساس سليم ذلك أن هناك بعض الظروف تؤثر في جسامه الجريمة دون أن يعقبا تشديداً أو تخفيفاً في العقوبة كما إذا ترتب عليها جزاء جنائي آخر ، أو رفع قيد يرد على سلطة النيابة العامة في رفع الدعوى الجنائية وغير ذلك من الآثار المرتبطة بطبيعة الظرف ، بالإضافة إلى ذلك فإنه يصعب التفرقة بين الركن والظرف استناداً إلى أن الأول يحدث تغييراً في اسم الجريمة والثاني في وصفها ، فالتغيير في الوصف دون الاسم لا يعدو أن يكون تغييراً في جسامه الجريمة من الوجهة الموضوعية أو الشخصية مما ينصرف أثره إلى النتائج القانونية المترتبة على الفعل فعلى سبيل المثال ، يطلق التشريع الفرنسي على جريمة القتل المقتترنة بسبق إصرار أو ترصد اسماً مختلفاً هو assassinat بدلاً من meurtre في حين نجد أن غالبية رجال الفقه والقضاء في فرنسا متفقون على اعتبار سبق الإصرار والترصد ظرفاً مشدداً^(٣).

إضافة إلى ذلك أدى اختلاف وجهات النظر حول تعريف الوصف إلى

-
- (١) ويقصد بالاسم القانوني التعبير الذي يطلقه القانون على مجموعة من الجرائم تخضع لأحكام مشتركة تتميز بها عن طوائف أخرى من الجرائم. فالسرقة اسم يطلقه القانون على مجموعة من الجرائم ، والقتل العمد اسم يطلقه الشارع على عدد من الجرائم وهكذا ... الخ . وإذا كان أفراد كل مجموعة من الجرائم تشترك في الاسم القانوني فهي تختلف فيما بينها من حيث وصفها : انظر ... د/محمود نجيب حسنى ، المساهمة الجنائية في التشريعات العربية ، مرجع سابق ، بند ٧٩ ، ص ١٨٦.
- (٢) د/عمر السعيد رمضان ، مرجع سابق ، ص ٥١ - ... حسن البغال ، مرجع سابق ، بند ٢٩ ، ص ١١.
- (٣) د/آمال عبد الرحمن عثمان ، مقال سابق ، ص ٦٣ - د/محمد هشام أبو الفتوح ، مرجع سابق ، ص ٨٠.

مغايرة غير مقبولة فالقول بأن المقصود بالوصف هو نوع الجريمة يذهب إلى اعتبار جناية السرقة بإكراه (مادة ٣١٤ عقوبات) جريمة مستقلة عن جنحة السرقة البسيطة المنصوص عليها في المادة ٣١٧ من ذات القانون لمجرد المغايرة في نوع الجريمة. أي أن عنصر الإكراه يعد ركنا في جناية السرقة بإكراه ، بينما يعتبرها جنحة سرقة مشددة إذا ما اقترنت بأحد الظروف المشددة المنصوص عليها في المادة (٣١٧ عقوبات) بحجة أنها لا تزال جنحة بنص القانون (٢)

أما القول بأن الوصف هو خلاصة اجتماع عدد من العناصر الأساسية والعرضية ثم القول - بعد ذلك - بأن الظروف قد تؤثر في التكييف القانوني للجريمة مع الإبقاء على اسمها فقول لا تثريب عليه ولكن صاحبه لم يرتب عليه أي نتائج فلقد ذهب إلى اعتبار كل العناصر المنصوص عليها في المادة ٣١٧ ع من قبيل الظروف - لأنها وإن أدت إلى المغايرة في الوصف القانوني للجريمة في صورتها البسيطة إلا أنها تبقى على الاسم القانوني لها وهي السرقة " مع انه كان يتعين بحث

(١) ذهبت محكمة النقض في بعض أحكامها بأن " الإكراه ظرف عيني يتعلق بالأركان المادية للجريمة. سريانه في حق كل من ساهموا فيها "

(نقض ١٩٨٦/٥/٢٩ ، أحكام النقض ، س٣٧ ، رقم ١١٨ ، ص ٦٠٠ - نقض ٧٤/٣/١٨ ، س٢٥ ، رقم ٦٨ ، ص ٣١١)

في حين ذهبت في بعض آخر بأن الإكراه الذي يقترن بالسرقة " ركنا " مكونا لجريمة السرقة بالإكراه حيث قررت " ركن الإكراه في السرقة يتحقق ... " (نقض ١٩٨٤/٢/٢٨ ، أحكام النقض ، س٣٥ ، رقم ٤٢ ، ص ٢٠٥ .

الأمر الذي يستتج منه عدم استقرار المحكمة على مفهوم ثابت لماهية الظرف وعدم اعتناقها لمعيار موحد للفرقة بين الأركان والظروف.

في حين يذهب البعض الى سلامة النتائج المترتبة على تطبيق هذا المعيار ، فكافة العناصر المنصوص عليها في المادة ٣١٧ عقوبات تعد من قبيل الظروف المشددة للسرقة لأنها وإن أدت الى تغيير الوصف القانوني للجريمة في صورتها البسيطة ٣١٨ عقوبات تبعا لاقترائها بأي من هذه الظروف فإنها مازالت تبقى على الاسم القانوني لها جميعا وهو " السرقة " وبالمثل في السرقة بالإكراه حيث يعد عنصر الإكراه من قبيل الظروف المشددة لجريمة السرقة البسيطة (م ٣١٨ ع) حيث أن عنصر الإكراه قد أدى الى التغيير في وصفها القانوني بالفعل ولكن مع الإبقاء على اسمها القانوني كما هو ، مما يعد ظرفا د/محمود نجيب حسنى ، شرح قانون العقوبات " القسم الخاص " ، مرجع سابق ، ص ٩١٢ ، د/ محمد هشام أبو الفتوح ، مرجع سابق ، ص ٩٥ .

كل عنصر على حده للتقريب على المصلحة التي يحميها ، فإن كانت مختلفة عن (الملكية) أمكن اعتباره ركناً في جريمة جديدة وإلا فلا ... وأخيراً فإن منطق هذا القول يقود إلى اعتبار جنائية السرقة بإكراه صورة من صور السرقة المشددة (م ٣١٧) المعتبرة من قبيل الجرح حيث أن عنصر الإكراه، باعتباره ظرفاً ، قد أدى إلى المغايرة في وصف الجريمة ، مع الإبقاء على اسمها القانوني وليس بمجدد - القول بعكس ذلك - التمسك بأن الإكراه ركن في جريمة جديدة ما لم يتم الإفصاح عن الحكمة - أي المصلحة التي يحميها عنصر الإكراه (١).

١٠٥- معيار اسم الجريمة وعنوانها :

يذهب بعض الفقه الفرنسي إلى التفرقة بين الجريمة الموصوفة *qualifiée* والمقتترنة بظروف *circomstanciée* ويقصد بالأولى تلك التي تنطوي على عنصر جديد يترتب عليه أن يسبغ القانون على الجريمة مقتترنة بهذا العنصر اسماً جديداً فإذا لم يترتب على هذا العنصر ذلك الأثر كان ظرفاً مشدداً ، أي أن معيار التفرقة بين الظروف والأركان يتمثل في الاسم القانوني للجريمة مقتترنة بهذا العنصر فإن كان يختلف عن ذاك الذي نص القانون عليها في صورتها البسيطة ، كان ركناً في جريمة جديدة ، أما إن لم يكن له مثل هذا الشأن ، وأبقى على ذات الاسم القانوني للجريمة ، كان ظرفاً (٢) .

(١) د/ حسنين صالح عبيد ، مرجع سابق ، ص ١٠٢ - د/ ماجدة فؤاد ، مرجع سابق ، ص ٢٨٢ .
(٢) مثال ذلك قتل الأصول *Parricide* والتي اعتبرها جريمة مستقلة لأن صفة الفرع فيها يعد ركناً أساسياً.

- Garé (T), Ginestet (C), Le droit pénal, procédure pénale, Dalloz, Bibliothèque inter universitaire, Gujas, 2000, p. 140.
- Raux (J.A), Cours de droit criminel Français, paris , 1927 P. 264.

وقد انتقد البعض هذا المسلك استناداً إلى عدم إمكان ترتيب مثل هذه النتيجة دائماً ، وقالوا أن الذي يحدث في بعض الحالات هو أن وجود العنصر الجديد يترتب عليه إطلاق اسم جديد على الجريمة ومع هذا يعتبر هذا العنصر مجرد ظرف مشدد وليس ركناً في الجريمة مثل جريمة القتل المسبوقه إصرار أو ترصد ...
د/ ماجدة فؤاد محمود ، مرجع سابق ، ص ٢٨٨ .

ويسود أيضا هذا الاتجاه في الفقه الإيطالي حيث أخذ من عنوان الجريمة معياراً للتعبير عن كافة متطلبات الجريمة ووفقا للمعنى الفني القانوني لهذا الاصطلاح فإن عنوان الجريمة يرتبط بالموضوع القانوني لها وكل ما يجب توافره لتكوين جوهرها. ويجب عدم الخلط بين اسم الجريمة وعنوانها فالمشرع يطلق على الفعل أو الامتناع موضوع الجريمة أسما تقليديا ليميزها عن غيرها من الجرائم مثل السرقة والقتل وخلافه ويبقى اسم الجريمة ثابتا ولو تغيرت بعض عناصرها التكوينية. ففي حالة الشروع نكون بصدد جريمة لم تتحقق فيها النتيجة الإجرامية ولا يختلف اسم الجريمة حينئذ بل يلحق التغيير عنوانها فقط ^(١).

غير أن هذا الرأي بدوره لم يسلم من النقد فليس صحيحا على الإطلاق إننا نكون بصدد جريمة جديدة وبالتالي يكون العنصر الجديد ركنا فيها في كل حالة يخلع فيها القانون على ذات الجريمة مقترنة بهذا العنصر أسما جديداً ذلك أن الشارع الفرنسي ينص على جريمة القتل العمد مع سبق الإصرار أو التردد المادة ٢٩٦ عقوبات فرنسي ، ويطلق عليها إسما جديداً هي الإغتيال assassinat مع إنه من المقرر أن كلا من سبق الإصرار أو التردد ليس إلا ظرفين ^(٢).

ومن ناحية أخرى فإن النموذج العام للجريمة يرتبط بعنوانها لا بالإسم الذي يطلق عليها والذي يتعلق بموضوعها. والعنوان بدوره يتعلق بالفكرة الأولية للجريمة أي بالحد الأدنى من العناصر التي يجب توافرها لوجود جريمة معينة ويخرج عن

(١) د/ آمال عبد الرحيم عثمان ، مقال سابق ، ص ٦٥ - د/ حسنين صالح إبراهيم ، مرجع سابق ، ص ١٠٤ .

(٢) هذا وقد حاول Raux أن يتوصل من هذا النقد بالقول بأن الشارع الفرنسي لم يستهدف بنص المادة ٢٩٦ عقوبات فرنسي إطلاق وصف الإغتيال على الجريمة المقترنة بسبق الإصرار أو التردد لكونها ركنين في جريمة جديدة إذ أن الشارع يؤمن بأنها من قبيل الظروف وإن هذا الاسم كان يطلق قديما على من يحترف القتل.

- ونلاحظ أن الشارع الفرنسي قد أطلق ذات الوصف على من يقتل أصلا أو فرعا له في المادة ٣٠٠ عقوبات فرنسي - ثم تطور استعماله وأصبح يطلق على غير المحترف ، والأمر على خلاف بالنسبة لنص المادة ٢٩٩ عقوبات فرنسي فقد استهدف الشارع خلق جريمة جديدة تختلف عن تلك التي تضمنها نص المادة ٢٩٥ في صورتها البسيطة من حيث صفة المجنى عليه.

- د/ عادل عازز ، مرجع سابق ، ص ٤٦ .

نطاقه العناصر التبعية الإضافية التي لا تغير في العنوان وإن أحدثت تغيير في العقوبة واجبة التطبيق ، ويترتب على ذلك أن كل عنصر يرتبط بالفكرة الأساسية للجريمة بحيث يؤدي وجوده أو تخلفه إلى تعديل في عنوان الجريمة يعد عنصراً تكوينياً في الجريمة وليس ظرفاً ومن ناحية أخرى ، فإن تخلف عنصر أو أكثر من العناصر التكوينية للجريمة مع بقاء الواقعة معاقباً عليها من شأنه التغيير في عنوان الجريمة ، لأن العقاب عندئذ يجد سنده في قاعدة قانونية أخرى - لا يعتبر هذا العنصر حينئذ من قبيل الظروف أما إذا كان من شأن العنصر التأثير كمياً أو نوعياً في الجزاء فإنه يصدق عليه وصف الظرف^(١) .

١٠٦- معيار المال والمصلحة القانونية للعنصر :-

ويذهب جانب من الفقه الى وجوب التفرقة بين المال وهو محل الحماية القانونية والمصلحة وهي التقدير العام للرابطة بين المجتمع والمال. فالمحل القانوني هو الذي يحدد اسم الجريمة أو انتمائها إلى طائفة معينة من الجرائم ، أما المصلحة فتحدد النموذج العام للجريمة وتميزها عن غيرها من الجرائم التي تنتمي إلى نفس الطائفة وتختلف المصلحة التي يحميها النص في كل جريمة وعلى ذلك فإن أي تغيير بها يعد ركناً أما الظرف فيغير من جسامه الجريمة دون مساس بالمصلحة^(٢). ويلاحظ أن فكرتي المال والمصلحة مرتبطتان فالمال هو كل ما يشبع حاجة للفرد يتطلب حماية من قبل المشرع ، أما المصلحة فهي تقدير من قبل الفرد بأن المال جدير بإشباع احتياجاته ، أي هي المال ذاته بالنظر إلى القيمة التي تنبعث منه للفرد الذي يريد حمايته. والواقع أن الاصطلاحين مرتبطان تماماً لأن المال محل للمصلحة ، والقاعدة القانونية حينما تحمي مصلحة معينة فإنها تشمل بالحماية أيضاً مالا في ذات الوقت وبحكم الضرورة . لذلك فإن الفكرتين (المال والمصلحة)

(١) د/ أمال عثمان ، مرجع سابق ، ص ٦٦ - د/ عادل عازز ، مرجع سابق ، ص ٥٨ - د/

محمد هشام احمد ، مرجع سابق ، ص ٧٤ .

(٢) عادل عازز ، مرجع سابق ، ص ٧١

مترادفتان ويجوز استعمال أي منهما دون تفرقة من الوجهة الفنية (١).

إن اتخاذ معيار المصلحة القانونية للتفرقة بين ما يعد ظرفاً مشدداً وما يعد ركناً في الجريمة يؤدي إلى الاعتماد على عنصر واحد فقط من عناصر الركن المادي في إجراء التفرقة وهو عنصر النتيجة والذي يتمثل في (المصلحة محل الحماية) فإذا أدى العنصر الجديد إلى تغيير المصلحة ، كان ركناً أما إذا لم يؤدي إلا إلى زيادة في جسامته الاعتداء على ذات المصلحة اقتصر على كونه ظرفاً مشدداً. وهذا غير جائز ومن الأفضل التعديل في التفرقة بين ما يعد ظرفاً في الجريمة وما يعد ركناً على جميع العناصر المكونة للجريمة سواء في ركنها المادي أو في ركنها المعنوي (٢).

ومن ناحية أخرى وقع أنصار معيار المصلحة في تناقض إذ اعتبروا الإكراه في السرقة م (٣١٤ ع) ركناً مكوناً لجريمة جديدة وهي مصلحة الشخص في سلامة جسم المعتدي عليه بالإكراه أي أن هذه الأخيرة تعتبر مصلحة مغايرة عن مصلحة الشخص في سلامة ملكية المعتدي عليها بالسرقة. أما السرقة التي تقع على

(١) ذهب البعض من الفقه إلى التفرقة بين تعبيرى المصلحة القانونية والمال القانوني فالأخير هو الشيء محل الحماية أو هو كل ما يفيد في إشباع الحاجات ، أما المصلحة القانونية فهي الرابطة التي تقوم بين الشخص أو المجتمع وهذا الشيء وقد درج المرء على أن يسعى إلى إشباع حاجاته من خلال أشياء أو أموال أو حقوق معينة وما يربط هذه الأخيرة بالشخص يعرف (بالمصلحة) وإذا تسحب حماية القانون على هذه المصلحة تعد " مصلحة قانونية " يشكل الاعتداء عليها جريمة جنائية. وإذا كان المال القانوني هو المعيار الذي يميز بين طوائف الجرائم المختلفة كطائفة جرائم الاعتداء على الحياة وطائفة جرائم الاعتداء على المال ، فواقع الأمر أن كل طائفة من هذه الطوائف تشتمل على مجموعة من الجرائم التي يتميز بعضها عن البعض الآخر والتي تستقل كل جريمة منها بعنوان معين وعند أصحاب هذا الرأي أن مما يعين على التمييز بين هذه النماذج معيار المصلحة القانونية التي يرضاها المشرع فنجدها تختلف من نموذج إجرامي إلى آخر ومن مؤدي ذلك اعتبار جريمة السرقة بإكراه (٣١٤ عقوبات) جريمة مستقلة تماماً عن السرقة العادية لأن فعل الإكراه يمثل اعتداء على مصلحة مغايرة للمصلحة التي يحميها النص الخاص بالسرقة العادية ألا وهو حق الحق في الملكية ... د/ محمد إبراهيم زيد ، مرجع سابق ، ص ١٨ - د/ أمال عثمان ، مرجع سابق ، ص ٦٤ - د/ هشام أبو الفتوح ، مرجع سابق ، ص ٦٥ .

(٢) د/ أحمد فتحي سرور ، أصول قانون العقوبات " القسم العام " ، دار النهضة العربية ، ١٩٧٢ ، بند ٩٠ ، ص ١٧ .

الأماكن المسورة بالكسر م (٣١٧ ع مصري) فلا يعد عنصر الكسر فيها إلا ظرفاً مشدداً لأن الإتلاف لا يمثل إعتداء على مصلحة جديدة مما يعني أن هذا المعيار فيه من الضعف مما يتعذر منه إرساء أساس ثابت للتفرقة بين الظروف المشددة وأركان الجريمة^(١).

١٠٧- معيار وظيفة العنصر :-

ونحن من جانبنا نؤيد هذا المعيار للتفرقة بين الركن والظرف حيث يستند إلى وظيفة العنصر محل البحث وهذا ما ذهب إليه كثير من رجال الفقه الفرنسي حيث يري البعض أن الوقائع المكونة للجريمة تعد عناصر أساسية لها ولا قيام للجريمة بدونها. أما الظروف المشددة فهي لا تعدو أن تكون توابع للعناصر المكونة للفعل الأصلي (أي مصاحبة للواقعة الرئيسية) فتزيد من جرم الجاني وبالتالي لا تؤثر إلا في مقدار العقوبة^(٢).

ويري البعض الآخر أن الظروف المشددة فهي ملحقات للعناصر الأساسية وتؤثر في العقوبة المطبقة وكذا في الطبيعة القانونية للواقعة مثال ذلك الواقعة التي تكون فيها السرقة ارتكبت من مجموعة أشخاص معاً (art. 311 - 4 et. cpén) والسرقة مع حمل سلاح (art. 311-8c. pén) - والإكراه المصاحب لجرائم الأخلاق والآداب العامة (art-222- 3et 222-24c- pén)^(٣).

كما يري غيرهم أن العناصر التكوينية والتي يشملها النموذج العام للجريمة هي التي يترتب على انتفائها انتفاء الجريمة أو قيام جريمة أخرى مختلفة تماماً في طبيعتها أما الظروف المشددة فلا يترتب على انعدامها أي تغيير في طبيعة الجريمة فهي وقائع محددة منصوص عليها تشريعياً وتؤدي إلى الزيادة التلقائية للعقوبة العادية المطبقة^(٤).

وهذا ما قرره الفقه الفرنسي للتفرقة بين العناصر المكونة للجريمة (أركانها) وبين الظروف المشددة ويستبين من هذا أن وظيفة العنصر المكون هو

(١) د/ عادل عازر ، مرجع سابق ، ص ٧٩ - د/ حسنين عبيد ، مرجع سابق ، ص ١١٣

(1) Jendidié (W), op, cit, No. 421, p. 470

(2) Levasseur (G), Bouloc (B) et vitu (A), op, cit. No. 652, p. 507

- salvaGE (ph) op. Cit, No 226, p. 123

(3) Borricand et simon , op, cit, P. 182

إيجاد الجريمة ، أما الظروف المشددة فهي توابع للواقعة الأساسية قد تغير من الطبيعة القانونية للجريمة أو من العقوبة المطبقة. فإن انعدمت العناصر المكونة انعدمت الجريمة أو قامت بدلا منها جريمة أخرى ، مثل جنحة السرقة البسيطة وجناية السرقة بالإكراه حيث يعد الإكراه ظرفا مشددا للسرقة واستبعاده لا يترتب عليه سوى تطبيق العقوبة البسيطة للسرقة وكذا نية القتل فيعد عنصراً مكوناً لجريمة القتل ومن مؤدى انتفاؤها أن ينتفى وقوع جريمة القتل العمد وإن كان يحتمل وقوع جريمة أخرى مختلفة عنها هي "جريمة القتل الخطأ" أو جريمة الضرب المفضى الى الموت ، أما ظرفاً سبق الإصرار والترصد فلا يترتب على غيابهما إلا تطبيق العقوبة البسيطة فإذا توافرا ، استتبع ذلك اعتبار جريمة القتل اغتيال وعقوبتها الإعدام (١) .

هذا ويأخذ جانب كبير من الفقه المصرى بهذا المعيار "وظيفة العنصر" فإذا كان من شأنه التمييز بين جريمة وواقعة مشروعة أو إجرامية أخرى فإنه يعد عنصراً تكوينياً. أما إذا ترتب عليه التخفيف أو التشديد في جسامه الجريمة مما يؤدي الى تغيير في الآثار القانونية التي يربتها المشرع على الجريمة فإنه يعد ظرفاً - والعناصر التكوينية يشملها النموذج العام للجريمة أما الظروف فتخرج عن هذا النموذج الأساسى وتوجد متضمنة في نموذج إضافي يلحق بالجريمة ويؤثر في الجزاء المقرر أصلاً لها لما يسفر عنه من تشديد أو تخفيف في جسامه الواقعة المكونة للجريمة (٢) .

كما يذهب آخرون إلى أن العنصر يعد من أركان الجريمة إذا فرق بين الفعل المشروع والجريمة أما إذا كان من مقتضى وجوده التأثير في جسامه الجريمة وإحداث تغيير في العقوبة ليس إلا عد ظرفاً لا ركناً. فالأركان إذ أن عناصر

(1) Le vasseur , Bouloc et vitu , op. cit.No 689, p. 526.

- SalvaGE , op. cit, No 227, p. 123 .

وقد دعا بعض الفقه الإيطالى إلى الأخذ بهذا المعيار لأن الركن عنده يدخل في تكوين الجريمة وإذا تخلف انتفت الجريمة ، أما الظرف فلا علاقة له بتكوين الجريمة ولا يؤثر تخلفه في وجودها . كما أكد أن التفرقة بين الظروف والأركان ليست إلا تفرقة وظيفية فللأركان وظيفة تكوينية أما الظروف فوظيفتها بالنسبة للجريمة عرضة ... د/ ماجد فؤاد ، مرجع سابق ، ص ٣١٤ - د/ عادل عازر ، مرجع سابق ، ص ٥٣ .

(٣) د/ آمال عثمان ، مقال سابق ، ص ٦٥ - د/ عبد الحميد الشورى ، مرجع سابق ، ص ١١ .

أساسية لا قيام للجريمة بدونها وفقاً لنموذجها القانوني، بينما الظروف تقوم الجريمة كاملة بدونها - فهي عناصر عرضية تبعية ، أي لا يمكن الحديث عن الظروف إلا إذا كانت هناك جريمة قائمة فعلاً تكاملت أركانها (١) .

فى الواقع يلاحظ على تلك الآراء التى قيلت فى هذا الصدد أنها اقتصررت على مجرد ذكر تعريف نظري لكل من وظيفة الركن والظروف مما يقتضى الرجوع الى كل جريمة وتحليلها وفحص كل النصوص المرتبطة والمتعلقة بها ثم البحث عن ذلك العنصر الجديد ، ينطبق عليه تعريف الركن أم الظرف وما هو الحل إذا ترتب على غياب عنصر من العناصر قيام جريمة أخرى فهل تعتبر هذه الجريمة الناشئة جريمة مختلفة تماماً عن الأولى وبالتالي يعد هذا العنصر ركناً فيها ، أو أن تلك الجريمة تعتبر الصورة للجريمة الأساسية ومن ثم يعتبر هذا العنصر ظرفاً مشدداً لها ؟ إن الأمر يحتاج إلى معيار آخر بجانب معيار الوظيفة حتى تسهل التفرقة (٢) .

١٠٨- موقف الشريعة الإسلامية :-

لاستبيان المعيار المفضل فى الشريعة الإسلامية للتفرقة بين الظروف والأركان لابد أن نشير بآدى ذى بدء الى تقسيم الجرائم المبني على جسامه العقوبة. فتقسم الجرائم بحسب جسامه العقوبة المقررة عليها الى ثلاث أقسام :-
١. القسم الأول : جرائم الحدود : وهى الجرائم المعاقب عليها بحد والحد هو العقوبة المقررة حقاً لله تعالى ومعنى العقوبة المقررة أنها محدودة فليس لها حد أدنى ولا حد أعلى ، وجرائم الحدود معينة ومحددة وهى سبع جرائم : (١) الزنا (٢) القذف (٣) الشرب (٤) السرقة (٥) الحراية (٦) الردة (٧) البغى. (٣).

(١) د/ على راشد. د/ يسرى أنور على ، مرجع سابق ، ص ٢٣١- د/ عبد العظيم مرسى وزير ، مرجع سابق ، ص ٤٧ - د/ مأمون سلامة ، مرجع سابق ، ص ١٠٧ - د/ جلال ثروت ، مرجع سابق ، ص ١٤٩ - د/ عوض محمد ، مرجع سابق ، ص ٣٦.

(٢) د/ محمد هشام أحمد ، مرجع سابق ، ص ٧٣ - د/ ماجدة فؤاد محمود ، مرجع سابق ، ص ٣١٦ - د/ عادل عازر ، مرجع سابق ، ص ٥٤.

(٣) الأستاذ/ عبد القادر عودة ، مرجع سابق ، ج ٢ ، ص ٧٨ - د/ عبد الأحد جمال الدين ، الشرعية الجنائية فى الشريعة الإسلامية ، المجلة الجنائية القومية س ١٩ ، ١٩٧٦ ، ع ١ ، ٤ ، ص ١٣٨.

□ **القسم الثاني : جرائم القصاص والديه :** وهي الجرائم التي يعاقب عليها بقصاص أو دية وكل منها عقوبة مقدرة حقاً للأفراد ومعنى أنها مقدرة أنها ذات حد واحد وهي خمس :

(١) القتل العمد (٢) القتل شبه العمد (٣) القتل الخطأ (٤) الخيانة ما دون النفس عمداً (٥) الخيانة على ما دون النفس خطأ (١) .

القسم الثالث : جرائم التعازير : وهي الجرائم التي يعاقب عليها بعقوبة أو أكثر من عقوبات التعزير وقد جرت الشريعة على عدم تحديد عقوبة كل جريمة تعزير واكتفت بتقدير مجموعة من العقوبات لهذه الجرائم نبدأ بأخف العقوبات وتنتهي بأشدّها وتركت للقاضي أن يختار العقوبة أو العقوبات في كل جريمة بما يلائم ظروف الجريمة وظروف المجرم (٢) .

والتعزير هو العقوبة التي لم يرد نص من الشارع ببيان مقدارها ، وترك تقديرها لولى الأمر ، أو القاضي المجتهد حيث يستطيع أن يقدر في سلطانه ما يسمى الآن في العرف الحضاري جنایات تكون عقوبتها مقدرة بحد أعلى وحد أدنى ويترك الأمر في تقدير ما بينهما الى اجتهاد القاضي في فقه القضية (٣) والتعزير قد يكون حبساً محدد المدة وقد يكون لوماً وتوبيخاً بالكلام كما يكون بالإقامة من المجلس ، كان يأمر القاضي بالوقوف على قدميه ثم يأمره بالجلوس أو يأمره بالإنصراف من المجلس وقد يكون بالضرب بسوط أو غيره واتفق الأئمة أنه لا حد لأقل التعزير

(١) المستشار/ عز الدين الديناصورى - د/ عبد الحميد الشوربى ، مرجع سابق ، ص ١٣ - الإمام/ محمد أبو زهرة ، الجريمة والعقوبة فى الفقه الإسلامى ، مرجع سابق ، ص ١٠٧ .

(٢) د/ على راشد ، التلاحم بين الشريعة الإسلامية والتشريع الوضعى فى المجال الجنائى ، مجلة مصر المعاصرة ، س ٦٦ ، ١٩٧٥ ، ع ٣٦٢ ، ص ٤٥٣ - د/ محمود نجيب حسنى ، مقال سابق ، ص ١٩ .

(٣) والتعزيرات الإسلامية يجب ان يتوافر فيها. أولاً : أن يكون الباعث عليها حماية المصالح الإسلامية المقررة ... ثانياً : أن تكون العقوبات المقررة حاسمة لمادة الشر أو محققة له، وألا يترتب على العقوبة ضرر مؤكد أو فساد أشد فتكاً بالجماعات. ثالثاً : التناسب بين مقدار العقوبة والجريمة ... رابعاً : المساواة والعدالة بين الناس جميعاً ... الإمام/ محمد أبو زهرة ، مرجع سابق ، ص ٦٩ - د/ أشرف عبد الرازق ويح ، التعزير بالحبس فى الشريعة الإسلامية " دراسة مقارنة " مجلة روح القوانين " جامعة طنطا ، بدون تاريخ ، ص ٣٠ .

واختلفوا فى أكثره فعند مالك هو غير محدود بل بحسب الجناية والجاني والمجني عليه ، أما الأئمة الثلاثة فخالفوا مالك فى التعزير إن كان جلدأ فأبو حنيفة والشافعى قالوا : يجب أن لا يبلغ أدنى حد مشروع مع اختلافها فى أدنى الحد (١).

وفى ضوء تلك الفكرة المختصرة لنظام التعزير بالقدر الضروري اللازم فى نطاق بحثنا نرى أن الوصول إلى معيار مميز بين أركان الجريمة وظروفها أمر متروك لولى الأمر يستخلصه على ضوء الواقعة المطروحة وما يحيط بها من ظروف وملابسات لكى يختار العقوبة المناسبة للجرم الواقع الى أن نصل فى بعض الجرائم الى قتل الجاني وفقاً لقدر الجريمة ، مثل قتل الجاسوس المسلم إذا اقتضت المصلحة قتله وهذا قول مالك وبعض أصحاب أحمد وأفتى به ابن عقيل ، وقد ذكر بعض أصحاب الشافعى وأحمد نحو ذلك فى قتل الداعية الى البدعة كالتجهم والرفض وإنكار القدر (٢).

١٠٩- التقدير الشخصى لهذا التمييز:

الواقع فإنه بدراستنا وتقديرنا لكافة الآراء التى قيلت فى الفقه بصدد التفرقة بين الظرف المشدد والركن لم نجد رأياً نعتبره نموذجاً فى هذا الصدد سوى المعيار القائم على وظيفة العنصر حيث يمتاز هذا المعيار بمزايا متعددة.

أولاً : يستقيم هذا المعيار مع الطبيعة العرضية للظروف حيث إنها عناصر إضافية تابعة تلحق أو تقتزن بأحد العناصر المكونة للجريمة وتضفى عليه وضعا أو تحديداً يترتب أثراً مشدداً أو مخففا لجسامه الجريمة (٣) وبالتطبيق لهذا فإن جريمة القتل العمدى تتألف من ركنين أساسيين هما فعل القتل ، وقصد ارتكابه (م ٢٣٤ مصرى) فنية القتل تعد ركناً مكوناً لجريمة القتل فى صورتها البسيطة لأن عدم وجودها يترتب عليه أحد فرضين إما أن يصبح الفعل مباحاً (فى حالة الدفاع الشرعى) وإما أن تقوم جريمة أخرى مختلفة تماماً تحمل اسماً مغايراً وتتدخل ضمن طائفة أخرى من الجرائم (طائفة جرائم القتل الخطأ أو ضمن الضرب المفضى الى الموت) (٤) .

(١) الإمام/ عبد العزيز حمد آل مبارك الاحسانى ، مرجع سابق ، ص ٥٣١ .

(٢) د/ أحمد فتحى بهنسى ، مرجع سابق ، ص ١٨٢ .

(٣) عبد الحميد الشوربى ، مرجع سابق ، ص ١١ - د/ عادل عازر ، مرجع سابق ، ص ١٢٦ .

(٤) - Canin (P), op, cit, p. 61.

- Le vasseur (G), Bouloc (B) et vitu (A), op. , cit, No 253, P, 226.

أما سبق الأصرار والترصد فلا يترتب على غيابها إلا تطبيق العقوبة البسيطة. وكذا الحال في جريمة السرقة حيث يتكون نموذج السرقة البسيط من ثلاثة أركان : (١) الاختلاس (٢) منقول مملوك للغير (٣) القصد الجنائي

ومن مقتضى غياب الركن الأول أن يكون تكييف الفعل خيانة أمانة (٣٤١ ع - مصري) إذا كان الشئ المختلس في حيازة الجاني بموجب عقد من عقود الائتمان ولا تكييف الجريمة بأنها سرقة لأن الاختلاس ركن أساسي في السرقة ولا توجد إلا به (١) فإذا توافر في السرقة ظرف إكراه تحولت جنحة السرقة (نموذج الجريمة البسيطة) إلى جنائية، أي أن توافر هذا العنصر يحدث تغييراً في الطبيعة القانونية للجريمة وفي عنوانها دون اسم الجريمة (٢) فتسمى سرقة بإكراه وتشدّد العقوبة (٣) وما يصدق على الإكراه يصدق على بقية الصور (التسلق - تحطيم الأقفال والأبواب - التعدد...) (٤).

ثانياً : يمتاز هذا المعيار بالعمومية حيث أنه يمكن تطبيقه على نماذج الجرائم المختلفة وبالتالي التمييز في كل منها بين الظرف المشدد والركن.

ثالثاً : يعد هذا المعيار محققاً للعدالة الكاملة وداعياً لاستقرار أحكام القضاء حيث أنه يتسم بالبساطة والوضوح فالظرف هو ما يؤدي إلى تخفيف أو تشديد في جسامه الجريمة مما يؤدي إلى تغيير في الآثار القانونية التي يترتبها المشرع على الجريمة (نحيل إلى ما سبق ذكره منعا للتكرار) (٥) في حين أن الركن هو أحد العناصر التكوينية للواقعة وهذه العناصر يشملها النموذج العام للجريمة والذي يمكن التعرف عليه من نص التجريم (نحيل إلى ما سبق ذكره منعا للتكرار) (٦) وهذا ما يعد متفقاً مع منطق الأمور.

(١) المستشار مصطفى مجدى هرجه ، التعليق على قانون العقوبات في ضوء الفقه والقضاء ، بدون جهة نشر ، ط ٢ ، ١٩٩١ ، ص ١١٩٥

(٢) اسم الجريمة كما سبق هو ما يطلق على طائفة معينة من الجرائم مثل طائفة جرائم القتل العمد ، طائفة جرائم السرقة وطائفة جرائم القتل الخطأ وطائفة جرائم النصب في حين أن المقصود بعنوان الجريمة فهو الذي يفرق بين نماذج الجرائم المختلفة داخل كل طائفة فيقال السرقة بإكراه أو السرقة بالكسر ... د/ ماجدة فؤاد محمود ، مرجع سابق ، ص ٣٢٠ .

(3) Le vasseur , Bouloc et vitu , op. Cit, No 653, P, 508

(4) Borricand et simon, op. Cit, P. 182

(٥) راجع ما تقدم من الرسالة ص ٣٧ .

(٦) راجع ما تقدم من الرسالة ص ٣ .

المبحث الثانى

الإكراه كظرف فى الجريمة

١١٠- تمهيد وتقسيم :-

وبعد أن انتهينا من التمييز بين الظروف المشددة والأركان وما يترتب على ذلك من آثار يتعين بيان تقسيمات الظروف وموضع الإكراه من هذا التقسيم .
وقديما كان للفقهاء الرومانى الفضل فى وضع أول تقسيم للظروف فقال إن العقاب عن الفعل المرتكب قد يتأثر بظروف تتعلق إما " بالأشياء أو الأشخاص أو المكان أو الزمان أو الصفة أو الكمية أو النتيجة " وقد أخذ جميع الفقهاء بهذا التقسيم وأصبح تقسيما تقليدياً ثم طور بعض الفقهاء المعاصرين هذا التقسيم فأرجعوا الظروف إلى المراحل الثلاثة التى تمر بها الجريمة : ظروف تلحق بالجريمة فى مرحلة التحضير ، وظروف تلحق بها فى مرحلة التنفيذ ، وظروف تلحق بالجريمة التامة^(١) أما الفقهاء المعاصرون فقد اتفق جانب كبير منهم على تقسيم الظروف المشددة إلى ظروف عامة مشددة وظروف خاصة مشددة ، وتقسيمها أيضاً إلى ظروف شخصية مشددة وظروف عينية مشددة^(٢).

وفى ضوء ذلك سنقسم خطة بحثنا فى هذا المبحث الى مطلبين :

المطلب الأول : تقسيمات الظروف

المطلب الثانى : موضع الإكراه من هذا التقسيم .

(١) ومثال للظروف التى تلحق بالجريمة فى مرحلة التحضير تلك التى تتعلق بالإرادة الإجرامية مثل سبق الإصرار والدوافع ، وكذلك ظرف التردد وظرف تعدد الأشخاص . أما الظروف التى تتعلق بمرحلة التنفيذ فمثالها تلك التى تتعلق بزمان أو مكان ارتكاب الجريمة وتلك التى تتعلق بالفاعل أو بالمجنى عليه أو تلك التى تتعلق بوسيلة ارتكاب الجريمة . أما الظروف التى تتعلق بالجريمة التامة فمنها ندم الجانى أو تعويضه الضرر المترتب على الجريمة أو تخفيف الآثار الضارة المترتبة عليها ... د/ عادل عازر ، مرجع سابق ، ص ١٤٠ - حسن البغال ، مرجع سابق ، ص ١٠ .

(٢) د/ جلال ثروت ، مرجع سابق ، ص ١٤٩ - د/ عبد الحميد الشوربى ، مرجع سابق ، ص ١٥ - د/ محمد هشام أبو الفتوح ، مرجع سابق ، ص ١٠٧ .

المطلب الأول تقسيمات الظروف

١١١. موضوع الظروف المشددة :

نشير بادئ ذي بدء بأن الظروف المشددة جميعها ظروف مشددة قانونية أي مصدرها القانون ضمانة لحقوق المواطنين حيث يلتزم بها القضاء ويمتنع عليه القياس عليها أو تقرير ظروف مشددة أخرى غير تلك التي نص عليها القانون صراحة ^(١)

وعلى ذلك أتجهت التشريعات الى تنظيم تلك الظروف المشددة في نصوصها التشريعية وسلكت في ذلك إتجاهين :-

الأول : النص على الظروف المشددة في القسم العام من قانون العقوبات بحيث يسري التشديد على كل جريمة يلحق بها ولذلك يسمى بالظرف المشدد العام ^(٢)

الثاني : النص على ظروف مشددة في مواضع متفرقة من القسم الخاص من قانون العقوبات بحيث يلحق كل ظرف بجريمة معينة ولذا تسمى بالظروف المشددة الخاصة. ^(٣)

(1) - Capogne, op. cit. No 174, P. 89.

- Salvage, op. cit. No 226, P. 123

- د/ على راشد ، القانون الجنائي " المدخل وأصول النظرية العامة " ، مرجع سابق ، ص ٦٤٥

- د/ السعيد مصطفى السعيد ، الأحكام العامة في قانون العقوبات ، دار المعارف ، ط ٣ ، ١٩٥٧ ، ص ٧٠٢

- د/ عمر السعيد رمضان ، مرجع سابق ، ص ٥٣.

(٢) مثال : الحال في الظروف المشددة (لذوي السوابق) العود

Cass.crim., 3 Juill. 1806, B. n 0 107) أو العسكرية (crim., 22 août 1872, B.n

0225) Jeandidier, op. cit. No. 292, P, 318. مشار اليه

(٣) ومن أمثلة ذلك ما نص عليه المشرع الفرنسي في المواد (132-71 à 132-75) حيث

يعطى تعريف لمفهوم العصاة المنظمة ، التسلق للسرقة ، تحطيم أو تكسير الأبواب أو

الاقفال ، سبق الإصرار ، وتحديد مفهوم السلاح المستخدم ، capogne , op. cit, No. 176, P,89

والواقع أن كلا من الإتجاهين غير مطلق فقد ينص المشرع على ظروف خاصة مشددة فى القسم الخاص من قانون العقوبات بجانب الظروف المشددة العامة والعكس فى حين يذهب البعض إلى تقسيم كل من الظروف العامة والخاصة تأسيساً على طبيعتها إلى ظروف موضوعية أو مادية وظروف شخصية (١)

١١٢- تقسيمات الظروف المشددة :

تقسم الظروف المشددة إلى ظروف عامة وظروف خاصة ، وظروف شخصية وأخرى عينية .

ويتعين معرفة موقف الشريعة الإسلامية من هذه الظروف .

(١) ويتجه بعض الفقه المصرى إلى تقسيم الظروف من حيث طبيعتها إلى قسمين فمنها ما يعتبر بذاته جريمة وبانضمامه إلى الجريمة الأصلية تشدد عقوبتها كما فى القتل العمد المرتبط بجنحة أو مقترن بجناية (مادة ٢٣٤/٢) فالقتل هو الجريمة الأصلية أما الجنحة أو الجناية الأخرى فتعد بالقياس إليها ظرفاً مشدداً. وكذلك السرقة بكسر الأختام ، فكسر الأختام - وهو جريمة (المادة ١٤٧ وما بعدها) - يعد ظرفاً مشدداً لعقوبة السرقة. ولكن من الظروف مالا يكون بذاته جريمة ، وهو الغالب. وهنا قد يرجع الظرف إلى الركن المادي فى الجريمة ومثاله الصفات التى تقوم لدى الفاعل كصفة الخادم فى السرقة ، أو لدى المجني عليه كما فى القذف فى حق الموظفين العموميين (م ٢٠٣ ع) أو الظروف المتعلقة بجسامة النتيجة كالظرف المحقق فى السرقة (م ٣١٩) أو الظرف المتعلق بوسيلة ارتكاب الجريمة كالكسر والتسلق فى السرقة أو بمكان أو زمان ارتكابها أو بالآلة أو الأداة التى استعملت فيها كاستعمال السم فى جريمة القتل (م ٢٣٣). أما الظروف التى ترجع إلى العنصر المعنوي فمثالها سبق الإصرار ، وقصد اغتصاب الأرض فى الجريمة المنصوص عليها فى المادة (٣٥٨) ... د/محمود محمود مصطفى ، مرجع سابق ، ص ٤٣ ، د/ هلالى عبد اللاه احمد ، مرجع سابق ، ص ٤٨ ، د/ محمد على السالم عياد ، مرجع سابق ، ص ١٠١

ونحن من جانبنا لا نقر هذا التقسيم لأنه ترايد لا طائل له ويغنى عنه تقسيم الظروف من حيث طبيعتها إلى موضوعية وشخصية ... ومن المؤيدين د/ رمسيس بهنام ، النظرية العامة للقانون الجنائى ، دار المعارف بالإسكندرية ، ط ٢ ، ١٩٦٨ ، ص ١٠٥١ - د/ محمود نجيب حسنى ، مرجع سابق ، ص ٥١ - د/ احمد فتحى سرور ، أصول قانون العقوبات " القسم العام " ، دار النهضة العربية ، ١٩٧٢ ، بند ٩١ ، ص ١٧١ - د/ فوزية عبد الستار ، مرجع سابق ، بند ٢٩ ، ص ٢٨

١١٣- (أولاً) الظروف المشددة العامة:-

وهذه الظروف التي يرد النص عليها في القسم العام من قانون العقوبات ويسري أثرها على جميع الجرائم أو على طائفة منها ^(١).

والظرف العام المشدد الشائع في غالبية التشريعات هو ظرف العود إلى جانب أن هناك طوائف من الظروف العامة المشددة حرصت طائفة من التشريعات العربية على النص عليها ^(٢) والوضع في فرنسا لا يختلف كثيراً حيث أعتبر ظرف

(١) د/ السعيد مصطفى السعيد ، مرجع سابق ، ص ٧٠٢ - د/ على راشد ، المدخل وأصول النظرية العامة ، مرجع سابق ، ص ٦٤٦ ، د/ رمسيس بهنام ، النظرية العامة للقانون الجنائي ، مرجع سابق ، ص ١٠٥١ .

(٢) التشريع الجنائي العراقي حيث تنص المادة - ١٣٥ عقوبات " يعتبر من الظروف المشددة العامة على الوجه الآتي... (١) ارتكاب الجريمة بباعث دني (٢) ارتكاب الجريمة انتهاز فرصة ضعف إدراك المجنى عليه أو عجزه عن المقاومة أو في ظروف لا تمكن الغير من الدفاع عنه. (٣) استعمال طرق وحشية لارتكاب الجريمة أو التمثيل بالمجنى عليه. (٤) استغلال الجاني في ارتكاب الجريمة صفته كموظف عام أو إساءة استعمال سلطته ونفوذه المستمد من وظيفته ... إضافة الى ظرف العود.

- التشريع الجنائي لدولة البحرين - تعالج المادتين ٧٥ ، ٧٦ تقسيمات الظروف المشددة فنص المادة (٧٥) على انه "مع مراعاة الأحوال التي يبين فيها القانون أسباب خاصة للتشديد تعتبر من الظروف المشددة ما يأتي:

- ١... ارتكاب الجريمة لبواعث دنيئة.
- ٢... ارتكاب الجريمة بانتهاز فرصة عجز المجنى عليه عن المقاومة وفي ظروف لا تمكن الغير من الدفاع عنه.
- ٣... اتخاذ طرق وحشية لارتكاب الجريمة أو التمثيل بالمجنى عليه.
- ٤... وقوع جريمة من موظف عام أثناء أو بسبب أو بمناسبة تأدية وظيفته ، ما لم يقرر القانون عقاباً خاصاً اعتباراً لصفته.

العود من الظروف العامة المشددة (١) .

فى حين يذهب البعض إلى اعتبار الموظف العام أو أحد أعضاء الضبطية القضائية ظرفاً مشدداً عام للجرائم التى يرتكبها أو يساهم فيها من تتوافر فيه هذه الصفة ويكون مكلفاً بالرقابة أو منع ارتكاب هذه الجرائم (١٩٨ عقوبات فرنسي) (٢) .

(١) يعرف العود بأنه حالة ارتكاب شخص - خلال فترة تختلف حسب طبيعة الجريمة - جريمة أخرى أو أكثر بعد سبق صدور حكم بات عليه من أجل جريمة سابقة.

2- Bouzat (P) et Pinatel (J), traité de droit pénal et de criminologie, Dalloz - éd -1970, T.1, No 666, P. 662.

وهذه الحالة تختلف عن حالة " تعدد الجرائم " حيث يرتكب المجرم جريمتين أو أكثر قبل أن يحكم عليه نهائياً من أجل أي واحدة منهما.

ROBERT (J. H), droit pénal général, presses universitaire de france, 3 éd 1998, P.372

ولا تعارض بين كل من الحالتين ، وليس من المحتم أن تنفى إحداهما الأخرى ، فمن المنصور اجتماعهما كما لو حكم على المجرم نهائياً من أجل جريمة أو أكثر ، ثم عاد الى ارتكاب جريمتين أو أكثر وبدأت محاكمته عنها.

ويترتب على العود فى قانون العقوبات جواز تشديد العقوبة الى ما يزيد عن الحد الأقصى للجريمة وعلى ذلك أن من يعود الى ارتكاب الجريمة بعد أن سبق الحكم عليه لجريمة أو أكثر يفصح عن ميله للأجرام إستهانتة بالعقاب.

- Le vasseur, Boulac , et vitu , op. cit, No 653, P. 508.

- BoricAND et si MON, op, cit. p. 183.

- وللعود فى قانون العقوبات المصري ثلاث صور نظمت بنصوص المواد ٤٩ ، ٥١ ، ٥٢ ، ٥٣ - عقوبات وقد بينت المادة (٥٠) من قانون العقوبات آثار العود الوارد فى المادة ٤٩ عقوبات وهي انه يجوز للقاضى ان يحكم بأكثر من الحد الأقصى المقرر قانونياً للجريمة بشرط عدم تجاوز ضعف هذا الحد ولا يجوز بأي حال من الأحوال أن تزيد مدة الأشغال الشاقة المؤقتة أو السجن على عشرين سنة...د/ إبراهيم حامد طنطاوى، أحكام التجريم والعقاب فى قانون نظم الاتصالات ، دار النهضة العربية ، ط ٢٠٠٣ ، ص ٦٥.

(٢) د/ ماجدة فؤاد محمود ، مرجع سابق ، ص ٤١٣ - د/ محمد هشام احمد ، مرجع سابق ، ص

١١٣

- Boric AND (J) et simon (A. M), op. cit. P. 182.

ونحن من جانبنا نرى ضرورة أن يحذو المشرع المصري حذو المشرع العراقي من ضرورة تجميع الظروف المشددة في نصوص متتالية بدلاً من ذكرها متفرقة لكي تسرى على جميع الجرائم أو على طائفة منها حسبما يقرره القانون ^(١) .

١١٤- (ثانياً) الظروف المشددة الخاصة:-

وهي التي يجري النص عليها في القسم الخاص من قانون العقوبات بمناسبة معالجة للجرائم المختلفة مثل ظرف الكسر ، وظرف التسلق ، وظرف صفة الخادم في جرائم السرقة (م ٣١٧ عقوبات) وظرف سبق الإصرار في جريمة القتل (م ٣٢٠ ع مصري) وفي جريمة الضرب والجرح العمد (م ٢٤١ مصري) كما يعتبر حمل السلاح ظرفاً مشدداً لجريمة السرقة (٣١١-٨ عقوبات فرنسي) والإكراه في جرائم الأخلاق والآداب العامة (مادة ٢٢٢-٣ ، ٢٢٢-٤ فرنسي) ^(٢) .

(١) انتقد البعض القول بوجود طائفة الظروف العامة المشددة وقد ورد هذا النقض بصفة خاصة ضمن بعض التقارير التي قدمت في المؤتمر الدولي التاسع الذي عقد في لاهاي في الفترة من ٢٣ إلى ٣٠ أغسطس ١٩٦٤ - وقد استند المعارضون إلى .

١. صعوبة حصر الظروف العامة المشددة في قائمة بالنظر إلى طبيعة الحياة الإنسانية الدائمة ومن الأفضل إعطاء القضاء سلطة تقديرية واسعة في تقرير العقوبة .

٢. اختلاف تأثير الظروف في الجرائم المختلفة مما يصعب معه النص على الظروف الخاصة التي تناسب كل جريمة

٣. الصفة التجريدية لهذه الظروف العامة تبعدها عن الواقع ويختلف في تفسيرها .

٤. وجود هذه الظروف العامة المشددة يعوق سلطة القضاء التقديرية في تقرير العقوبة حسب ظروف كل جريمة ومن الأهمية منح القاضي سلطة مرنة في تطبيق العقوبة .

هذه هي خلاصة الانتقادات التي وجهت إلى الظروف العامة المشددة وقد رد المقرر العام للمؤتمر على أوجه النقد هذه بأنها غير مقنعة ، بالنظر إلى أن الاتجاه التشريعي عندما يضع ظروف عامة مشددة فإن هذا له من الفائدة حيث يتم رسم الخطوط العامة للتشريع ويساعد القضاء على التعرف عليها كما أن القول بأن الظروف العامة المشددة تعوق سلطة القضاء في التفريد مردود عليه بالحقيقة المعاكسة وهي أن وضع هذه الظروف في معظم التشريعات يقترن بمنح القضاء سلطة تقديرية واسعة في التفريد لإمكان التلاؤم مع ملابسات الجريمة الأخرى وقد وصل الحال في الدفاع عن الظروف العامة المشددة إلى حد صدور توصية هامة تقضي بضرورة معالجتها في القسم العام من قانون العقوبات مع مراعاة مقتضيات السياسة الجنائية التي تفرضها التقاليد المختلفة والطبيعة الخاصة لمختلف التشريعات القومية ... د/ ماجدة فؤاد محمود ، مرجع سابق ، ص ٤٢٣ ، د/ عادل عازر ، مرجع سابق ، ص ١٤٧ .

(٢) د/ جلال ثروت ، مرجع سابق ، بند ١٢٨ ، ص ١٥ - د/ محمد علي السالم عياد ، مرجع سابق ، ص ١٠٠ - د/ سلوى توفيق بكير - د/ علي حمودة ، مرجع سابق ، ص ١٥١ .

- ما تقدم من الرسالة : ص ٥٢ ، ٥٤ .

١١٥- (ثالثاً) تقسيم الظروف المشددة الى ظروف شخصية مشددة وظروف عينية مشددة :

يتجه الفقه السائد إلى تقسيم الظروف المشددة من حيث طبيعتها إلى ظروف شخصية مشددة وظروف عينية أو مادية مشددة.

١. الظروف الشخصية المشددة :

Le sirconstances aggravantes subjectifs personnelles .

وهي التي تتعلق بالركن المعنوي في الجريمة أو شخص الفاعل أو الشريك فيها وتتعلق في بعض الأحيان بطبيعة العلاقة التي تربطه بالمجنى عليه ، أو بطبيعة الوظيفة التي يمارسها الموظف أو ببعض الظروف الملاصقة لنفس الفاعل وإصراره ^(١) .

ومن الظروف الشخصية المشددة المتعلقة بطبيعة العلاقة بين الفاعل والمجنى عليه صفة الأصل في جريمة هناك العرض والتي ورد النص عليها في المادة ٢٦٧ ع مصري والتي يقابلها نص المادة ٣٣١ ع فرنسي . ومن الظروف الشخصية المشددة المتعلقة بطبيعة الوظيفة التي يمارسها الفاعل صفة الموظف العام في ارتكاب بعض الجرائم مثال السرقة المعاقب عليها بخمس سنوات سجن و ٥٠٠ ألف فرنك غرامة إذا وقعت من موظف عام حال ممارسته لاختصاص وظيفته ^(٢) ، ومن الظروف الشخصية المشددة الملاصقة لنفسية الفاعل سبق الإصرار في جريمة القتل ٢٣٠ ع مصري.

(١) د/ محمود نجيب حسنى ، مرجع سابق ، بند ٤٢ ، ص ٥١ ، د/ هلالى عبد اللاه ، مرجع سابق ، ص ٤٧ ، د/ عمر السعيد رمضان ، مرجع سابق ، ص ٥٣ .

- Le vasseur (G) Bouloc (B) cit vitu (A), op. cit. No. 652, P. 507.

- Salvage (ph), op. cit . No, 226. P. 123

(2)Capogné (M. N), op. cit. No, 177, p. 61

٢. الظروف العينية المشددة :

Les circonstances aggravantes opjectifs (réelles)

وهي تتعلق بالركن المادي في الجريمة ومثالها ارتكاب الجريمة " بوسيلة معينة " كالقتل بالسم ، أو استخدام سلاح في السرقة ، أو السرقة المرتكبة بواسطة عصابة منظمة ^(١) ، أو ارتكاب الجريمة في مكان معين كالسرقة في مكان مسكون أو محل عباده ، أو ارتكاب الجريمة في زمان معين ، أو تؤدي الى نتيجة معينة كالإيذاء الذي ينجم عنه مرض أو تعطيل عن العمل مدة تزيد على عشرين يوماً (٢٤١ عقوبات مصري) ^(٢).

ومن الظروف العينية المشددة التي تتعلق بوسائل تنفيذ الفعل حمل السلاح في جريمة العصيان المنصوص عليها في المادتين (٢١٠ ، ٢١١ عقوبات فرنسي) ^(٣).

(١) وتعرف العصابة بأنها مجموعة منظمة ذو اتفاق مسبق على التمهيد أو التحضير لارتكاب جريمة ... م ، ١٣٢-٧١ قانون الجنائي الفرنسي .

Le vasseur (G) ... , op, cit, No. 653, P. 508.

(٢) د/ جلال ثروت ، مرجع سابق ، ص ١٥١ - د/ عبد الحميد الشوربى ، مرجع سابق ، ص ١٦ ... السيد حسن البغال ، مرجع سابق ، ص ١٢ - د/ سلوى توفيق بكير - د/ على حمودة ، مرجع سابق ، ص ١٥٢.

(٣) أما عن أثر هذا النوع من الظروف على مسئولية المساهمين في الجريمة فيتجه بعض الفقهاء في فرنسا ومصر الى وجوب التفرقة بين الظروف الشخصية والظروف الشخصية البحتة ويعرفون الظروف الشخصية البحتة بأنها تلك الشروط أو الصفات التي تتوافر في شخص الفاعل ولا يكون لها أثر في جسامه الجريمة ولذلك يقتصر التشديد أو التخفيف الذي يرتبه القانون على شخص من توافرت فيه هذه الصفات.

هذا وقد تأثر الفقه المصري في هذا الصدد بالفقه الفرنسي بحيث أصبحت التفرقة بين الظروف الشخصية والظروف الشخصية البحتة من التقسيمات التقليدية .

ومثال لهذا ما جري عليه نص المادة - ٤١ عقوبات مصري " لا تأثير على الشريك في الأحوال الخاصة بالفاعل التي تقتضى تغيير وصف الجريمة إذا كان غير عالم بتلك الأحوال . وبسبب غموض هذا النص يثور التساؤل عن المقصود " بالأحوال " ؟

اتجه رأي الى أن الظروف قد تؤدي الى تغيير وصف الجريمة وترتب على ذلك خلط بين " الأحوال " على أنها مرادف الظروف مما يعتبر من الأركان الخاصة. كما أن تفسير الفقه المصري لكلمة " الأحوال " على أنها مرادف الظروف قد أدى الى مشكلة ومردّها ان من "الأحوال الخاصة بالفاعلين مالا يتصور مساءلة الشريك عنها حتى إذا علم بها وهي -

= الأحوال التي تؤدي إلى تشديد عقوبة الفاعل لوجود صفة خاصة به لا علاقة لها بالجريمة، ومع ذلك يرى المشرع أنها من الخطورة التي تحتم أخذه بالتشديد فلما وجد الفقه أن العبارة المطلقة الواردة بالمادة ٤١ قد تؤدي إلى مساءلة الشريك عن مثل هذه الأحوال الخاصة بشخص الفاعل لجأ الفقه المصري إلى الأخذ بالترقية سالفة الذكر " الظروف الشخصية ، والظروف الشخصية البحتة "

والرأي في هذا الموضوع لا يخرج عن أمرين الأول ... إذا أخذنا بالتفسير الذي اعتنقه الفقه المصري بأن المقصود بالأحوال هي الظروف يتعين مساءلة جميع المساهمين عن الأحوال الخاصة بالفاعل متى علموا بها وذلك دون تفرقة بين ما يعتبر من الظروف الشخصية والظروف الشخصية البحتة وفي هذه الحالة نواجهه بحلول غير مقبولة مثل مساءلة الشريك عن حالة عود الفاعل الأصلي.

الأمر الثاني : إما أن نأخذ بالتفسير المنطقي المستمد من نص المادة وأنه ليس من المقصود بالأحوال والظروف وفي هذه الحالة يقتصر أثر الأحوال على صاحبها... د/ عادل عازر ، مرجع سابق ، ص ١٥٢.

- Jeandidier, op, cit, No 292, 421, , P, 318. 470.

- Garé , Ginestet , Op, cit, No 240, P, 140...

- وهناك جانب آخر من الفقه يقول بوجود ما يسمى بطائفة الظروف المزوجة وهي المرهونة بشخصية الجاني وتنعكس على التصرف المرتكب ، مثال ظرف سبق الإصرار أو التردد أو صفة ابن الضحية عند القاتل أو صفة الطبيب عند الإجهاض أو صفة الخادمة في السرقة ويلاحظ أن هذه الظروف تمتد لتشمل الشريك وأيضا لو أن الفاعل الأصلي مجهول.

- (crim., 23 Nov. 1972, B. n 0 288) ,

- (crim ., 45 Sept. 1976, B. n 0 272)

- jeandidier, op, cit, No 292, p. 319 ومشار اليه

- Salvage (ph), op. cit, No 226. P, 123

- Borricand (F) et simon (A.M), op, cit. P. 182

- هذا وقد ذهب الفقه المصري إلى القول أنه من العسير تصور ظرف يتصل في وقت واحد بالفعل المادي وشخص المجرم لأن لكل من الأمرين كيانه وطبيعته . فإذا تعلق بأحدهما ، لم تكن له صلة بالآخر. وبالبناء على ذلك فمن الخطأ اعتبار مثلا ظرف الخادم ظرفا مزدوجا لاتصاله ببيت سيده ، لأن اتصال الخادم ببيت سيده لا علاقة له بالفعل المادي الذي يقوم به أي سرقة. فالسرقة لا تتأثر بأن للجاني صفة الخادم وليس لظرف الخادم صلة بمكان ارتكاب الفعل لأن الخادم قد يرتكب الفعل إضرارا بمخدوم في غير بيته. ووجه النقد أيضا إلى اعتبار صفة الولي الشرعي في جريمة هتك العرض = من الظروف المختلطة لاتصالها اتصالا ماديا بمن هو خاضع لولاية. ويضيف إن من العسير تصور وجود اتصال مادي بين شخصين طالما أن لكل منهما كيانا جسديا مستقلا عن الآخر كما أن من غير المعقول تصور وجود صلة مادية بين أحد المتهمين وبين الفعل المادي المكون للجريمة ويقرر أن الصلة بين المجني عليه والولي الشرعي هي صلة قانونية حتى ولو كانا يقيمان سويا في مسكن واحد ولا شأن للمسكن طبعا في قيام الجريمة لإمكان ارتكابها في مكان آخر... د/ محمود نجيب حسنى ، المساهمة الجنائية في التشريعات العربية ، مرجع سابق ، ص ٣٦٣.

وتظهر أهمية التمييز بين الظروف المادية والظروف الشخصية في أن الظروف المادية يسرى أثرها على الفاعلين والشركاء جميعاً لأنها شئ لصيق بماديات الجريمة. أما الظروف الشخصية فيقتصر أثرها في التخفيف أو التشديد على من توافرت في حقه من الفاعلين أو الشركاء دون غيرهما من الجناة^(١).

١١٦- موقف الشريعة الإسلامية:

وقد عرفت الشريعة الإسلامية العود كظرف مشدد عام حيث شددت العقاب على المجرم العائد ومثال لهذا من تعود شتم الناس وسبهم فإنه يحبس إلى أن يظهر التوبة فقد جاء في الأثر أن رجل يشتم الناس وهو محترم له مروءة ، أنه يوعظ ولا يحبس فإن تكرر ذلك فإنه يؤدب وإن كان شتاً يضرب ويحبس حتى يترك هذا الفعل^(٢).

وفي السرقة - فكل مال محرز بلغت قيمته نصاباً إذا سرقه بالغ عاقل لا شبهة له في المال ولا في حرزه قطعت يده اليمنى من مفصل الكف وهو الكوع ، فإن سرق مرة ثانية بعد قطعه قطعت رجله اليسرى من مفصل الكعب ، فإن سرقه ثالثة : فليل لا يقطع ، وإنما يستدام حبسه وهذا مذهب الحنفية^(٣) استدلالاً بما ورد عن الإمام علي بن أبي طالب إنه كان يقطع يمين السارق ، فإن عاد قطع رجله اليسرى ، فإن عاد فسرق استودعه السجن ، وقال : إني لأستحي من الله أن أتركه وليس له شئ يأكل ويشرب به^(٤).

وفي جريمة الردة : الأصل في المرتد إنه يستتاب ثلاثة أيام على أرجح الأقوال فإن أسلم وإلا قتل قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم - (لا يحل دم امرئ إلا بإحدى ثلاث كفر بعد إيمان - وزنا بعد إحصان - وقتل نفس بغير نفس)

(١) د/ حسنى الجندي ، مرجع سابق ، ص ٥٢٣ - د/ مأمون محمد سلامة ، مرجع سابق ، ص ٤٨٦ .

(٢) د/ أشرف عبد الرازق ويح ، مقال سابق ، ص ٩٥ .

(٣) الإمام/ أبي محمد بن أحمد بن سهل السيرخي ، مرجع سابق ، ج ٩ ، ص ١٦٦ .

(٤) في حين يذهب الشافعي وأبو حنيفة وأحمد بن المبارك إذا سرق قطعت يده اليمنى وإن سرق ثانية قطعت رجله اليسرى ثم إن عاد وسرق بعد ذلك لا تقطع وإنما يحبس حتى يستتاب... الشيخ/ محمد الشيباني بن محمد ابن أحمد الشنقيطي ، مرجع سابق ، ص ٥٠٥ .

فإن عاد المرتد الذي استناب وتاب وسقط عنه حد الردة إلى الردة ثانياً وثالثاً فكذاك يفعل به في كل مرة فإذا أسلم خلى سبيله - وقد ورد في بعض كتب الفقه إذا ارتد أربعاً لم تقبل توبته بعد المرة الثالثة ولكن يقتل^(١) وبهذا نلتمس مدي تشديد العقاب في حالة العود بالنسبة لما سبق ذكره من أمثلة بالمعنى المفهوم في التشريع الوضعي.

كما نستطيع أن نلتمس أيضاً وجود الظروف الخاصة المشددة في الفقه الإسلامي ففي مجال الحدود مثلاً فمن زني بذات محرم تشدد عليه العقوبة لتصل إلى الرحم^(٢) "صفة خاصة في الجاني"

وفي مجال القصاص مثلاً في حالة القتل غيلة^(٣) وكذا في حالة تغليظ الدية حيث تغلظ بثلاث أشياء إذا قتل في الحرم والشهور الحرم وإذا قتل محرماً وقد نص أحمد رحمه الله على التغليظ على من قتل محرماً في الحرم وفي الشهر الحرام فأما من قتل ذا رحم محرم فقال أبو بكر تغلظ ديته وقال القاضي طاهر كلام أحمد أنها لا تغلظ وقال أصحاب الشافعي تغلظ بالحرم والأشهر الحرم وذوي الرحم المحرم^(٤).

ومن هذا نستنبط أن الشريعة الإسلامية قد عرفت نظام الظروف الخاصة سواء في الحدود "القتل في حد الزنا عند توافر صفة خاصة في الجاني ذي رحم" وكذا في القصاص في حالة القتل غيلة "وحشية الوسائل" وفي الدية بتغليظها عند قتل ذي رحم محرم "صفة خاصة في الجاني"

ومن اطلعنا على بعض العقوبات المقررة في جرائم الحدود والقصاص والدية والتعزير يمكننا استخلاص بعض الظروف الشخصية المشددة في جرائم الحدود مثل صفة الزاني المحصن^(٥) وفي جرائم القصاص كالقتل غيلة حيث يكون الفاعل عاتياً ظالماً ويظهر قصده واضحاً جلياً خبيثاً دينياً^(٦) وفي الديات حيث تغلظ الدية بثلاث أشياء إذا قتل في الحرم والشهور الحرم أو إذا قتل محرماً^(٧).

(١) د/ أحمد فتحي بهنسي ، نظريات في الفقه الجنائي الإسلامي ، مرجع سابق ، ص ١٦١ .

(٢) ما تقدم من الرسالة ص ٥٢ ، ٥٤ - د/ أحمد فتحي بهنسي ، مرجع سابق ، ص ١٦٤

(٣) ما تقدم من الرسالة ص ٥٢ ، ٥٤ - د/ أحمد فتحي بهنسي ، مرجع سابق ، ص ١٦٤

(٤) الإمام موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمود قدامه ، المغني ، مرجع سابق ، ص ٤٩٩

(٥) ، (٥) ، (٦) راجع ما سبق من الرسالة ص ٥٢ ، ٥٤ .

١١٧- التقدير الشخصي لهذا التقسيم :-

أولاً: بالنسبة إلى تقسيم الظروف المشددة إلى عامة وخاصة.

يعد هذا التقسيم من التقسيمات التشريعية الشائعة حيث ينص في القسم العام على بعض الظروف العامة المشددة كما ينص على الظروف الخاصة المشددة في القسم الخاص عند معالجة كل جريمة على حدة وقد عرضنا فيما سبق لأوجه النقد التي قيلت بخصوص الظروف العامة المشددة وكذا الرد عليها (١).

ويجدر بنا أن نشير في هذا المقام إلى ضرورة وأهمية النص على بعض الظروف العامة المشددة ولا يصح الاقتصار على ظرف العود لأنه وإن كان ظرفاً عاماً مشدداً إلا أن خطورة الفاعل التي تعتبر بمثابة عله التشديد ، ترجع إلى ارتكاب جريمة أخرى خلاف الجريمة الجديدة التي تشدد عقوبتها (٢) فوجود طائفة الظروف العامة المشددة في أي تشريع توضح مسلك المشرع أو سياسته التشريعية التي يتبعها وتسهل على القضاء القيام بمهمته. فارتكاب الجريمة بطريقة وحشية تعتبر بلا مرأى ظرفاً عاماً مشدداً ، وينطبق هذا أيضاً على ارتكاب الجريمة بانتهاز فرصة عجز المجنى عليه من المقاومة وفي ظروف يتعذر معها على الغير الدفاع عنه ، فاعتبار الظروف المتقدمة من الظروف العامة المشددة يتطلب من المشرع النص عليها لكي تسري على جميع الجرائم وبالنسبة لجميع المتهمين إلا ما يري استثناءه منها (٣) ، ومع أن مشروع قانون العقوبات لسنة ١٩٥٩ قد تضمن النص في المادة (١٥٥) منه على اعتبار كل حالة من حالات ارتكاب الجريمة لبواعث دنيئة، وارتكابها لتسهيل

(١) راجع ما تقدم من الرسالة ص

(٢) وقد ذهب بعض الفقه الفرنسي إلى القول بأنه يوجد بجانب ذوي السوابق المحترفين ذوي سوابق بالصدفة ويعتبروا - أقل إجراماً من المجرمين المبتدئين وإن انتهج المشرع لسياسة التشديد بالنسبة إلى العود لم يقف حائلاً فيما بينهما " المجرمين المحترفين " وبين الجريمة ففي آخر احصائية صدرت بخصوص الأحكام الصادرة عام ١٩٧٨ تبين منها في مجال الجنايات تم إحصاء ١٠٩٨ جاني مبتدء و ١٠٨٢ من ذوي السوابق ، وفي مجال الجنح تم إحصاء ٢٧٩٦٣٩ مجرم مبتدء و ١٥٩٨٩٨ من ذوي السوابق ، وفي مجال المخالفات من الدرجة الخامسة تم إحصاء ٨٧٤٢٩ مجرم مبتدء و ٢٧٠٣٣ من ذوي السوابق ، ويذهب أصحاب هذا الرأي بأن السبب الأساسي في هذا تطبيق فكرة التشديد ... مشار إليه

Jeandidier , op, cit, No 422 P. 471-

(٢) راجع أمثلة هذه التشريعات ص ٦٤ من الرسالة.

ارتكاب جريمة أخرى ، وارتكابها بانتهاز فرصة ضعف المجني عليه عن المقاومة وفي ظروف لا تمكن الغير من الدفاع عنه ، واستخدام طرق وحشية في ارتكاب الجريمة أو التمثيل بالمجني عليه ظرفاً عاماً مشدداً إلا أن المشرع الوضعي لم يشأ حتى الآن إصدار هذا المشروع ولم يقدم على تعديل القانون المطبق حالياً حتى يشمل هذا النص^(١) .

والرأي عندنا كما سبق وأن أشرنا إلى أنه يتعين النص في القسم العام من قانون العقوبات على بعض الظروف العامة المشددة شريطة عدم التوسع في ذلك وأن الأمر لا يقتصر على ظرف العود فقط مع جعل التشديد بالنسبة له جوازيًا مستعينا في هذا بنصوص تشريعية موضحة حالات التشديد.

ثانياً : بالنسبة الى تقسيم الظروف المشددة إلى شخصية وموضوعية :

إن موقف التشريعات من تقسيم الظروف المشددة إلى شخصية وموضوعية مختلف فاولاها البعض - كالتشريع الإيطالي مثلاً -^(٢) عناية كبيرة في حين اكتفى البعض بالنص على أن الظروف المشددة تنقسم الى

(١) د/ عبد الفتاح الصيفي ، قانون العقوبات " القسم الخاص " دار المعارف ، ١٩٦٧ ، ص ٢١٠ - د/ ماجدة فؤاد محمود ، مرجع سابق ، ص ٤٣٧ - د/ عادل عازر ، مرجع سابق ، ص ٣٩٢ .

(٢) اهتم التشريع الإيطالي بتنظيم الظروف المشددة فنص في المادة ٦١ منه على الظروف العامة المشددة التي تطبق عند عدم وجود ظروف مشددة خاصة أخرى ، كما نص في المادة (٧٠) على أن الظروف المشددة تنقسم الى

١. الظروف الموضوعية وهي التي تتعلق بطبيعة ارتكاب الفعل ونوعه وأساليبه وزمن ارتكابه ووسائله ومكانه وخطورة الضرر أو الخطر أو بالأحرى الأحوال والصفات الشخصية للمجني عليه . ٢. الظروف الشخصية وهي التي تتعلق بشدة القصد أو وجه الخطأ أو الأحوال أو الصفات الشخصية للفاعل أو العلاقات بين الفاعل والمجني عليه متى اتصلت بشخص الفاعل. وبالإضافة الى هذين النصين هناك نص المادة ٩٢ والمادة ١١٢ وكلها تشير الى وجود ظروف عامة مشددة. هذا الى جانب الظروف الخاصة المشددة المنصوص عليها في القسم الخاص... مشار اليه - د/ ماجدة فؤاد محمود ، مرجع سابق ، ص ٤٠٤ - د/ محمد هشام احمد ، مرجع سابق ، ص ١١٠ .

موضوعية وظروف شخصية كالتشريع المغربى مثلاً^(١) فى حين أن التشريع المصرى سكت تماماً.

ونحن من جانبنا نرى أنه لابد من أن ينص على هذه الظروف فى صلب التشريع لأن التشريعات التى جاءت خلواً من مثل هذه النصوص قاصرة وتحتاج الى تعديل هذا من ناحية. ومن ناحية أخرى لابد أن نذكر التقسيم الخاص بالظروف المزدوجة " المختلطة " وهى التى تتعلق بالمجرم والجريمة فى وقت واحد.

ونحن من جانبنا لا نقر هذا التقسيم لأنه من العسير تصور ظرف يتصل فى وقت واحد بالفعل المادى وشخص المجرم لأن لكل من الأمرين كيانه وطبيعته وإنه بتعديل النصوص التشريعية ووضع مواد خاصة بالظروف وتقسيماتها لا نكون فى حاجة إلى وجود ما يسمى بالظروف المزدوجة^(٢) .

(١) عالج المشرع المغربى تقسيمات الظروف المشددة فى الفصل ١٥٢ فنص على أن تشديد العقوبة المقررة فى القانون بالنسبة لبعض الجرائم ينتج عن ظروف متعلقة بارتكاب الجريمة أو بإجرام المتهم ، أما الفصل ١٣٠ فنص على أن " المشارك فى جناية أو جنحة يعاقب بالعقوبة المقررة لهذه الجناية أو الجنحة ... ولا تؤثر الظروف الشخصية التى ينتج عنها التشديد ... أما الظروف العينية المتعلقة بالجريمة والتى تغلظ العقوبة... " القانون الجنائى للملكة المغربية ١٩٦٣ .

(٢) راجع ما تقدم من الرسالة ص ٦٧ .

المطلب الثاني

موضع الإكراه من هذا التقسيم

١١٨- تمهيد :-

أن الحدود التي تحكم تشديد العقوبة ترجع إما إلى خطورة الجريمة المرتكبة وإما إلى خطورة شخصية الجاني وتتمثل خطورة الجريمة في سهولة ارتكابها وجسامة الضرر المترتب على وقوعها وأهمية موضوعها (١).

في حين تتمثل خطورة الجاني في خيانتة للثقة التي وضعت فيه أو إساءة استخدامه للسلطة التي خولت له أو إخلاله بالواجب الذي التزم به وكذا في إرادته الإجرامية وجسامة خطئه (٢).

(١) سهولة ارتكاب الجريمة تزيد بالقطع من خطورتها ونضرب لذلك مثلاً فإعمالاً لنص المادة ٣١٨ ع تعاقب على السرقة البسيطة بالحبس مع الشغل مدة لا تتجاوز سنتين لأنها لا تمثل خطورة كبيرة في نظر المشرع ولكن حين يلجأ الجاني إلى استخدام وسائل تجعل ارتكاب الجريمة سهلاً يعتمد المشرع على تشديد العقوبة المادة ٣١٧ ع مصري حيث تخضع العقوبة إلى الحبس مع الشغل والمادة ٣١٤ ع حيث تلصص على تشديد عقوبة السارق فتصل إلى الاشغال الشاقة المؤقتة إذا استخدم إكراه. وعلة التشديد أن السرقة التي ترتكب بالإكراه تتضمن اعتداء على شخص المجني عليه إلى جانب ما ينطوي عليه من العدوان على ما له بالإضافة إلى أن الإكراه يكشف عن خطورة كبيرة تنطوي عليها شخص السارق ... د/ محمود نجيب حسنى ، شرح قانون العقوبات " القسم الخاص " ، مرجع سابق ، ص ٩١١ وجسامة الضرر : ولا شك يقابله تشديد العقوبة مثال ذلك جريمة الحريق العمد حيث تنص المادة ٢٥٢ على كل من وضع عمداً ناراً في مباني كائنة في المدن أو الضواحي ... " يعاقب بالسجن المؤبد أو السجن المشدد وتغلظ العقوبة إلى الإعدام إذا ترتب على الحريق موت شخص أو أكثر حسب نص المادة ٢٥٧ ع مصري.

(٢) ومن ضوابط التشديد بحسب خطورة الجاني خيانة الجاني للثقة التي وضعت فيه ... مثل ما نصت عليه المادة ١١٢ / ١ ، ٢ ع حيث تشدد العقوبة لارتكاب جريمة الاختلاس للمال العام إذا كان مرتكبها من مأموري التحصيل أو المندوبين له أو الأمناء على الودائع أو الصيارفة وسلم إليه المال بصقته هذه. وكذا من واقع أنني بغیر رضائها يعاقب بالسجن المؤبد أو السجن المشدد فإذا كان الفاعل من أصول المجني عليها أو من المتولين تربيتها أو يعاقب بالسجن المؤبد .

ومن أمثلة خطورة إرادة الجاني ما نصت عليه المادة ٢٣٤ من تشريعنا العقابي حيث نصت على توقيع عقوبة السجن المؤبد أو السجن المشدد لارتكاب جريمة القتل العادية أما إذا سبق وقوعها إصراراً أو تصميم فالمشرع يرفع العقوبة ، أما جسامة خطأ الجاني فخير مثال عليه ما نصت عليه المادة ١/٢٣٨ ع. والخاصة بجريمة القتل الخطأ على معاقبة من تسبب خطأ في موت شخص آخر إذا كان ذلك ناشئاً عن إهماله ورعوثته وعدم احترازه ... بالحبس مدة لا تقل عن ستة أشهر وبغرامة ... أو بإحدى هاتين العقوبتين وتشدد العقوبة في الفقرة التالية من هذه المادة ليصبح الحبس مدة لا تقل عن سنة ولا تزيد على خمس سنوات وغرامة ... أو بإحدى هاتين العقوبتين إذا وقعت هذه الجريمة نتيجة إخلال الجاني إخلالاً جسيماً بما تفرضه عليه أصول وظيفته أو مهنته أو حرفته ... د/ ماجدة فؤاد محمود ، مرجع سابق ، ص ٤٥٤ .

ومن الظروف المشددة التى لها أهمية خاصة والتى ترجع الى خطورة الجريمة المرتكبة ظرف الإكراه ففى أغلب الأحوال يلجأ الجاني الى استعمال العنف مع المجنى عليه لتعطيل مقاومته أو إعدامها حتى يسهل عليه ارتكاب الجريمة^(١).

وعليه تتحصر دراستنا فى هذا المطلب فى بيان صور تشديد العقوبة للإكراه فى التشريعات الجنائية المختلفة .

١١٩- (أولاً) التشريعات العربية :-

١. التشريع المصري :

تقضى المادة - ٣١٤ بتشديد عقوبة السرقة إذا وقعت بالإكراه فإذا ترك الإكراه أثر جروح تكون العقوبة بالسجن المؤبد أو المشدد - وتقضى المادة ٣١٥ ثانياً ، ثالثاً ... إذا وقعت السرقة من شخصين فأكثر بطريق الإكراه - إذا وقعت السرقة ولو من شخص واحد يحمل سلاحاً وكان ذلك ليلاً أو بطريق الإكراه أو التهديد باستعمال السلاح.

كما تنص المادة ٣١٦ مكرر^(٢) يعاقب بالسجن المشدد على السرقات التى تقع على أسلحة الجيش أو ذخيرته وتكون العقوبة السجن المؤبد إذا ارتكب الجريمة بطريق الإكراه أو التهديد باستعمال السلاح أو إذا توافر فيها ظرف من الظروف المشددة المنصوص عليها بالمادة ٣١٧ .

كما تنص المادة ٢/٢٦٨ من قانون العقوبات^(٣) على ظرفين مشددين لعقوبة منك العرض بالقوة أو التهديد هما ، أن تقع جريمة منك العرض بالقوة أو التهديد على مجنى عليه لم يبلغ من العمر ست عشرة سنة كاملة أو أن يكون مرتكبها من نص عليهم فى الفقرة الثانية من المادة ٢٦٧ " وإذا كان عمر من وقعت عليه الجريمة المذكورة لم يبلغ ست عشرة سنة كاملة أو كان مرتكبها من نص عنهم فى

(١) يقصد ١٩٠١/١٢/٢٨ ، المجموعة الرسمية ، س٣ ، رقم ٨١ ص ٢١٥ ، ١٩٦٢/١١/٢٦ ، مجموعة أحكام النقض ، س٥٣ ، رقم ١٨٨ ، ص ٧٧ ، ١٩٨٠/٣/١٦ ، س٣١ ، رقم ٧١ ، ص ٣٨٤ .

(٢) قانون العقوبات المصري مضافة بق رقم ٤٢٤ لسنة ١٩٥٤ والمعدلة بق رقم ٩٥ لسنة ٢٠٠٣ .

(٣) قانون العقوبات المصري معدلتان بالقانون رقم ٩٥ لسنة ٢٠٠٣

الفقرة الثانية من المادة ٢٦٧ يجوز ابلاغ مدة العقوبة الى اقصى الحد المقرر بالسجن المشدد ، وإذا اجتمع هذان الشرطان معا بحكم السجن المؤبد " هذا ونص المشرع على نوعين من الظرف يؤديان إلى تشديد عقوبة الاغتصاب ، النوع الأول يتعلق بصفة مرتكب جريمة الاغتصاب ، والنوع الثاني يتعلق بظروف ارتكاب جريمة الاغتصاب - فنصت المادة ٢٦٧-عقوبات " فإن كان الفاعل من أصول المجنى عليها أو من المتولين تربيتها أو ملاحظاتها أو من لهم سلطة عليها أو كان خادماً بالاجرة عندها أو عند من تقدم ذكرهم يعاقب بالسجن المشدد"

وتنص المادة ٢٩٠ عقوبات ^(١) على أن " كل من خطف بالتحايل أو الإكراه أنثى بنفسه أو بواسطة غيره يعاقب بالسجن المؤبد ومع ذلك يحكم على فاعل هذه الجناية بالإعدام إذا اقرئت بها جناية موافقة المخطوفة بغير رضاها. "

٢. قانون العقوبات السوداني :-

تقضى المادة ٧٨ منه " كل من يرتكب جريمة السرقة بعد إعداد العدة لتسبب الموت أو الأذى لأي شخص أو حظه أو ليعتد في نفسه الخوف من الموت أو الأذى أو الحجز وكان ذلك لارتكاب تلك السرقة أو للتمكن من الهرب بعد ارتكابها أو للاحتفاظ بالمال المسروق ، يعاقب بالسجن مدة لا تتجاوز عشر سنوات كما تجوز معاقبته بالغرامة أيضا وهذه المادة تقابل المواد ٢٩٨ ع قديم ، ٣٢٤ من القانون السابق، ٣٨٢ ع هندي ، ٢٩٠ ع شمال نيجريا ، ٢٢٠ ع قطر ^(٢).

(١) مستبدلة بموجب القانون ٢١٤ لسنة ١٩٨٠

(٢) أمثلة (أ) عمرو يسرق مالا في حيازة زيد وفي أثناء ارتكاب السرقة يكون واضعا تحت ملابس سلاحا زود به نفسه لغرض إيذاء زيد لو قاومه زيد. في هذه الحالة يكون عمرو ارتكب الجريمة المنصوص عليها في هذه المادة.

(ب) عمرو ينشل ما في جيب زيد بعد ان يكون قد اوقف عدد من زملائه على مقربة حتى يحجزوا زيد إذا ما شعر بما يحدث وقاوم عمرو أو حاول القبض عليه. في هذه الحالة يكون عمرو قد ارتكب الجريمة المنصوص عليها في هذه المادة ... د/ محمد محي الدين عوض ، قانون العقوبات السوداني " معلقا على نصوصها " ، مطبعة جامعة القاهرة ، ١٩٧٩ ، بند ٣٢٤ ، ص ٦٤١.

٢. قانون العقوبات العراقي :

تنص المادة ٦٢٢ على تشديد عقوبة السرقة إذا وقعت باستجماع عدة ظروف منها تهديد السارقين أو أحدهم بالسلاح أو باستخدام أحد ضروب العنف ضد الأشخاص وتعطى المادة ٦٢٣ على تشديد عقوبة السرقة التي تقع في الطريق العام أو في القطار الحديدى إذا هدد السارقون أحدهم بالسلاح أو باستخدام ضرب من ضروب العنف ضد الأشخاص^(١).

٤. قانون العقوبات الأردني :

تقضى المواد ٤٠٠ ، ٤٠١ ، ٤٠٢/٢ على تشديد عقوبة السرقة المستجمعة لأكثر من ظرف منها أن استخدام أحد ضروب العنف ضد الاشخاص إما لتهيئة الجناية أو تسهيلها وإما لتأمين هرب الفاعلين أو الاستيلاء على المال المسروق^(٢).

٥. قانون العقوبات الكويتي :

تقضى المادة - ٢٧٧ على تشديد عقوبة السرقة مع اجتماع أكثر من ظرف منها ارتكاب السرقة بطريق الإكراه. وكذلك تقضى المادة - ٢٥٥ بتشديد عقوبة السرقة باستعمال العنف أو التهديد باستعماله ضد الاشخاص للتغلب على مقاومة المجني عليه أو غيره ، سواء أكان العنف أو التهديد باستخدامه قبل ارتكاب فعل الاختلاس بقصد التهديد له أم كان أثاثه بقصد إتمامه ، أم كان بعد إتمامه بقصد الفرار بالمسروقات أو الاحتفاظ بها^(٣).

ثانياً : التشريعات المقارنة :-

من قانون العقوبات النمساوي^(٤) تقضى المادة ١٣١ بتشديد العقوبة على السرقة إذا وقعت بإكراه أو باستخدام القوة أو التهديد بوقوع خطر حال يتعرض له الجسم أو الحياة لى يضمن الجاني المحافظة على نفسه أو على شخص آخر أو على الشئ المسروق.

(١) قانون العقوبات العراقي ١٩٦٩.

(٢) قانون العقوبات الأردني رقم ١٦ لسنة ١٩٦٠

(٣) قانون العقوبات الكويتي المعدل بق ٣١ لسنة ١٩٧٠

(4) Code pénalé d'Autrich, Loi federal du 23 janvierl 74, BGBl N. 60/1974

من قانون العقوبات السويسري (١) تقضى المادة ١٣٩ بتشديد عقوبة السرقة إذا ارتكب باكره وفي قانون العقوبات الفرنسي (٢) تنص المادة ٤/٣٨٢ على تشديد العقوبة المقررة لجريمة السرقة باجتماع ثلاث ظروف مشددة منها استخدام العنف أما قانون العقوبات الإيطالي (٣) فتتص المادة ٣٤١ على تشديد عقوبة الجرائم التي ترتكب ضد السلطة العامة إذا استخدم الإكراه أو مجرد التهديد. وبمقتضى نصوص المواد (٥٣١ الى ٥٣٦) يعد الإكراه ظرفاً مشدداً للجرائم التي ترتكب ضد الأخلاق العامة.

وتشدد عقوبة السرقة وفقاً لنص المادتين (٥٩٤ ، ٥٩٥) إذا استخدم الفاعل العنف على أحد الأشياء.

(1) Paul lagoz. Commentaire du code pénal suisse partie speciale. 1955

(2) Pelletier (H). Pereetti (J), code pénal, litec 2000, P, 693

(٣) وقد تعدلت عقوبات تلك الجرائم بمقتضى القانون رقم ٧٥ الصادر في ٢٠ فبراير ١٩٥٨ - ... د/ ماجدة فؤاد محمود ، مرجع سابق ، ص ٥٣٨.

الفصل الثالث

طبيعة ظرف الإكراه

١٢٠- تمهيد وتقسيم :-

أوضحنا سلفاً أن الظروف المشددة تنقسم من حيث طبيعتها إلى ظروف شخصية مشددة وظروف عينية مشددة وقلنا أن الأولى تتعلق بالركن الشخصي في الجريمة وتتعلق الثانية بالركن المادي ويعد ظرف الإكراه في السرقة ظرف عيني متعلق بالركن المادي للجريمة لأنه وسيلة يستخدمها الجاني إما لتسهيل ارتكاب الجريمة أو لإتمامها (١).

ولتوضيح طبيعة الإكراه وأثره على العقوبة نتناول نص المادة - ٣١٤ عقوبات بشئ من التفصيل حيث أن علة التشديد تكون واضحة وضوحاً جلياً بل إن ظرف الإكراه يعتبر من أشد الظروف المشددة خطراً على الأشخاص والأموال وعلى المجتمع ونظمه (٢).

(١) يلاحظ أن تعديل قانون العقوبات الفرنسي لعام ١٩٨١ قد جعل الإكراه ظرفاً مشدداً إلا أنه لم يخرج السرقة من مصاف الجناح خلافاً لما كان عليه الأمر فيما سبق ، ما لم يترتب على الإكراه عدم قدرة المجني عليه تماماً عن أداء أعماله الشخصية لمدة تزيد على ثماني أيام - ٣٨٤ عقوبات فرنسي.

وتنص المادة - ٣١١ - ٥ عقوبات فرنسي جديد " السرقة تشدد عقوبتها إذا ارتكبت بواسطة عنف واقع على الغير أدى إلى عدم القدرة على العمل لمدة " ثماني أيام ". وتنص المادة ٣١١ - ٦ جديد " السرقة تشدد عقوبتها إذا كانت مصاحبة أو ملحقة بعنف على الغير أدى إلى عدم القدرة على العمل أكثر من ثماني أيام "

Desportes et leGunehec, le nouveau Droit penal, Economica, 2000, t. 1, droit pénal général, P. 67.

د/ أحمد فتحى سرور ، الوسيط فى قانون العقوبات ، ط٣ ، مرجع سابق ، ص ٨٥٦ - د/ محمود نجيب حسنى ، شرح قانون العقوبات " القسم الخاص " ، مرجع سابق ، ص ٩١١ - د/ عوض محمد ، جرائم الأشخاص والأموال ، بدون جهة نشر وتاريخ ، بند ٢١٦ ، ص ٣١٤ (٢) يقول الأستاذ جارسون أن أسباب الأمن العام فى بلد ما يقاس بعدد ما يرتكب فيه من جنايات السرقة بالإكراه (Garçon, art, 381, 386, No7) ... ومشار إليه د/ أحمد فتحى سرور ، الوسيط فى قانون العقوبات " القسم الخاص " ، مرجع سابق ، ص ٨٥٦ ... السيد حسن البغال ، مرجع سابق ، ص ٦٩ .

والتشديد هنا مرجعه إلى أن السرقة التي تقترب بهذا الظرف المشدد تتضمن
إعتداء على النفس فضلا عن الاعتداء على المال والإعتداء على النفس مقصود به
إرغام صاحبها على الإستسلام كرها عنه وغل يده عن المقاومة في الوقت الذي
يشير إليه هذا الإعتداء إلى صدوره من نفسية آثمة خطيرة^(١) ويشترط - لتحقيق
الظرف المشدد - توافر شروط معينة سنتناولها من خلال المباحث الآتية :-

المبحث الأول : أن يقع الإكراه على شخص .

المبحث الثاني : أن يقع الإكراه بقصد ارتكاب الجريمة .

المبحث الثالث : أن يكون الإكراه مصاحبا لارتكاب الجريمة .

المبحث الرابع : أثر الإكراه في العقوبة .

(١) د/ محمد محي الدين عوض ، قانون العقوبات السوداني ، مرجع سابق ، ص ٦٤٢ - د/ عبد
الحميد الشوربي ، مرجع سابق ، ص ١١٢ .

المبحث الأول

أن يقع الإكراه على شخص

١٢١- محل الإكراه إنسان:

وهذا الشرط مستمد من علة التشديد فإذا كان الشارع يشدد العقاب لأن فعل السارق يتضمن إعتداء على الأشخاص إلى جانب ما ينطوي عليه من إعتداء على الأموال فإن هذه العلة لا تتحقق إلا إذا وقع الإكراه على إنسان فهو الكائن ذو الإرادة التي تصلح لأن يكون محل تأثير يشلها أو يضعفها إذا ما وقع الإكراه عليها فإذا وقع الفعل على الحيوان أو الجماد فلا يتوافر ظرف الإكراه ، فقتل كلب أثناء سرقة المجني عليه أو طعن ماشيته بسكين أثناء سرقتها أو تحطيم منزل باب المجني عليه أو خزانته كل هذه الأفعال لا تكون ظرف الإكراه في جريمة السرقة ^(١) .

١٢٢- لا يشترط أن يكون المكره هو المجنى عليه :

الأصل أن يقع الإكراه على المجنى عليه ، أو هو الذي يدافع عن ماله ، ولكن الظرف المشدد يتحقق كذلك إذا وقع الإكراه على أى شخص قاوم تنفيذ السرقة أو اعتقد السارق أنه سيقاوم تنفيذها ^(٢) ويتعين أن يكون هذا الشخص عالم بوقوع السرقة حتى يكون لإعتقاد السارق باحتمال المقاومة ما يبرره من حيث الواقع : فإذا اعتدى السارق على شخص حاول القبض عليه لمجرد أنه رآه يجري دون أن يكون

(١) نقض ٩٣/٢/١٧ ، أحكام النقض ، س ٤٤ ، رقم ٢٥ ، ص ٢٠١ . محكمة الاستئناف ٢/٣/١٩١٠ ، المجموعة الرسمية ، س ١٢ ، رقم ٢٦ ، ص ٤٩ - د/ محمود نجيب حسنى ، شرح قانون العقوبات " القسم الخاص " ، مرجع سابق ، بند ١٢٤٤ ، ص ٩١٣ - د/ حسن صادق المرصفاوي ، قانون العقوبات " القسم الخاص " ، منشأة المعارف ١٩٧٨ ، ص ٣٢٤ - د/ عبد الحميد الشواربي ، مرجع سابق ، ص ١٣٢ .

(٢) ١٩١٩/٩/٣٠ ، المجموعة الرسمية ، س ٢١ ، رقم ٢٧ ، ص ٤٧ - ١٩٦٧/١٢/١٨ ، مجموعة أحكام النقض ، س ١٨ ، رقم ٢٧٢ ، ١٢٧٧

عالمًا بارتكابه سرقة فلا تقوم بذلك الظرف المشدد^(١) ويشترط لاعتبار الفعل إكراهًا أن يكون على أية درجة من الجسامة وأن يجعل حياة المعتدي عليه في خطر وقد ورد لفظ "الإكراه" مرسلاً والدليل على ذلك أنه اعتبر الإكراه الخطير الذي يترك أثر جروح مقتضياً مزيداً من تشديد العقاب مما يفهم منه أن مطلق الإكراه كافٍ للتشديد في درجته الأولى.

(١) نقض ١٩٢٨/٣/٢٨ ، المجموعة الرسمية ، س ٢٣ ، رقم ٢٥ ص ٤١ ويلاحظ أن ما ذهبت إليه محكمة النقض بصدد هذا الحكم من القول بأنه يشترط حتى يتحقق ظرف الإكراه أن يكون من أتى لإغاثة المجني عليه ثم شاهد الجاني وهو يلوز بالفرار فحاول إمساكه أن يكون عالمًا بما وقع على المجني عليه وبما ارتكبه الجاني أما إذا كانت محاولته إمساك الجاني ومنعه من الفرار لمجرد سماعه استغاثة المجني عليه ثم اعتدى الجاني على هذا الشخص ليمكن من الفرار فلا يتوافر ظرف الإكراه.

- وهذا الحكم محل نظر - ذلك لأن على التشديد في هذه الحالة تتكون من شطرين يتوافر أحدهما بتحقيق الظرف المشدد - الشطر الأول منها مضمونه ما تنطوي عليه شخصية الجاني من نفسية شريرة أئمة مستهترة تتخذ من الإكراه وسيلة لتنفيذ مآربها غير المشروعة - أما الشطر الثاني منها فيتضمن ما تبعثه هذه النفسية الشريرة من رعب وفزع يؤدي إلى اذعان واستلام المجني عليه فإذا ما تحقق أحد شطري على التشديد - توافر ظرف الإكراه - هذا بشرط أن يكون الجاني قد اعتدى على من حاول منعه من الفرار وهو يحمل المسروقات معه أما إذا كان قد تخلص منها فلا يتحقق الظرف المشدد ... السيد حسن البغال ، مرجع سابق ، ص ٧١.

- ويضيف جانب آخر من الثقة نؤيده - القول بأن القصد الجنائي في جريمة السرقة يقتضي علم الجاني بعناصر الجريمة وبأنه يرتكب أفعال الإكراه بقصد تسهيل ارتكاب جريمة السرقة أو اتمامها ، ومتى توافر القصد الجنائي على هذا النحو لدي الجاني فإن هذا يكفي لتقييم مسؤوليته عن السرقة بإكراه . ومن ثم فلا أهمية لما إذا كان الغير الواقع عليه أفعال الإكراه عالمًا بوقوع السرقة أم لا يعلم بوقوعها لأن علمه ليس من ضمن عناصر القصد الجنائي في السرقة ... د/ إبراهيم حامد طنطاوي ، المسؤولية الجنائية عن جنايات السرقة والجرائم الملحقة بالسرقة ، دار النهضة العربية ، ١٩٩٨ ، بند ١٤ ، ص ١٣

وتطبيقا لهذا جري قضاء النقض أنه لا يشترط لتوافر ظرف الإكراه أن يلحق بالمجني عليه أذى بليغا إذ أن أية درجة من درجات العنف تكفى لتوافر الظرف المشدد حتى ولو لم يترك الإكراه أثر جروح. فإذا ثبت الحكم أن المتهم دفع المجني عليه فوق على الأرض وتمكن بذلك من الاستيلاء على المسروق ، فتطبيق الفقرة الأولى من المادة - ٣١٤ ع على الواقعة صحيح - أما اشتراط تخلف إصابات بمن وقع عليه الإكراه فإنه لا يلزم قانونا إلا فى الأحوال التى تغلظ فيها العقاب طبقا للفقرة الثانية من المادة المذكورة ^(١) كما قضت فى حكم آخر لها أن الإمساك بيد المجني عليه وكم فمه كى لا يستغيث محققا للإكراه ^(٢) وكذا تقييد الجاني للمجني عليه بحبل لمنعه من مقاومة السرقة التى شرع فى ارتكابها ^(٣) وإمساك أحد المتهمين بذراع المجني عليه وضغطه عليه ريثما يتمكن المتهم الآخر من إدخال يده فى جيبه وإخراج ما به من النقود ... محققا للإكراه ^(٤) وأنه يعد من الإكراه إعطاء مواد مخدرة للمجني عليه تفقده شعوره تسهيلاتا للسرقة ، لأن إعطاء المواد المخدرة

(١) ١٩٣٩/١٠/٣٠ ، مجموعة القواعد القانونية ، ح-٤ ، رقم ٤٤٢ ، ص ٥٩١ - نقض ٥/٨/١٩٧٧ ، مجموعة أحكام النقض ، س ٢٨ ، رقم ١١٦ ، ص ٥٤٧ - نقض ٩٣/٤/١٧ ، س ٤٤ ، رقم ٢٥ ، ص ٢٠١ .

- وقد قضى إذا تثبتت المجني عليها عند اختطاف حقيبة يدها فقاومت الجاني ولكنه تغلب عليها واخذ الحقيبة وهرب ... تحقق الإكراه نقض ١٩٢٩/١٠/١٠ ، مجموعة القواعد القانونية ، ح-١ ، رقم ٢٨٧ ، ص ٣٤٦ .

- ودفع المجني عليه أيضا بمعرفة من اعترم سرقاته حتى يتمكن من ارتكاب جريمته ... محققا للإكراه .

- Paris, 12 ch. 6 Juin 1988, juris - Data, No. 25168.

(٢) نقض ١٩٧٧/٥/٨ ، أحكام النقض ، س ٢٨ ، رقم ١١٦ ، ص ٥٤٧ - نقض ٩١/٥/١٢ ، س ٤٢ ، رقم ١١٢ ، ص ٧٨٦

(٣) Paris, qch. 30 Juin 1986, juris Data, No. 27028.

(٤) نقض ١٩٣٧/١٢/١٣ ، مجموعة القواعد القانونية ، ح-٤ ، رقم ١٢١ ، ص ١٠٩ - ٣/٥/١٩٤٥ ، ح-٦ ، رقم ٥٥١ ، ص ٦٥٨ - نقض ٩٤/٣/١٩ ، احكام النقض ، س ٤٥ ، رقم ٨٨ ، ص ٥٤١ .

هو من الوسائل القسرية التي تعطل أو تعدم قوة المقاومة عند المجني عليه وتمكن الفاعل من ارتكاب السرقة^(١).

أما السرقة من نائم فلا تعد سرقة بإكراه لأن السارق لم يقم بأي عمل يعدم به مقاومة المجني عليه وفي هذا تختلف السرفة عن تلك التي عرض حيث يعتبر الإكراه متوافرا فيه بنوم المجني عليه ، وذلك لاختلاف طبيعة جريمة في كل من الحالتين ، فالإكراه في السرقة يتطلب اعتداء على الجسم ومجرد النوم لا يتضمن هذا الاعتداء أما الإكراه في تلك العرض فلا يتطلب سوى عدم رضا المجني عليه بالفعل المادي وكذا لا يعد إكراها مجرد وقوف الجاني بجانب المجني عليه وهو نائم ولو كان ذلك أثناء السرقة لتعطيل مقاومته إذا ما استيقظ ، وذلك لاحتمال عدول السارق عن الإكراه أو هروبه إذا ما استيقظ المجني عليه بالفعل^(٢) - ولقد ذكر بعض رجال الفقه أن جذب قرط من أذن فتاة بعنف يكون جريمة سرقة بالإكراه^(٣). ونحن من جانبنا نذهب مع بعض الفقه إلى أن الأصل في الإكراه هو استعمال القوة القسرية التي تؤثر على إرادة المكره فتشل أو تضعف مقاومته بعد أن تنبهت لديه ، وفي الصورة الراهنة مادام الجذب كان مفاجأة ولم تنبته قوة المقاومة لدى المجني عليها لا يقوم ظرف الإكراه. ولا يؤثر في هذا كون الفعل قد ترتب عليه جرح كما إذا تمزقت أذن الفتاة ، وإنما تنطوي الجريمة تحت وصف السرقة البسيطة والإصابة العمدية أي المادتين ٣١٨ ، ٢٤٢ عقوبات وهذا ما انتهينا إليه يؤيده ما سبق وما سطر بالفقرة السابقة من أن السرقة من شخص نائم لا تعد سرقة بإكراه^(٤).

(١) نقض ١٩١٢/٥/٢٥ ، المجموعة الرسمية ، س ٦ ، رقم ٢٧٢ ص ١٥٠ - وإذا كان الحكم قد استخلص من التقرير الطبي أن السكران هو نبات غني بالأتروبين وأنه يستعمل في التخدير بقصد السرقة وأن مفعوله يؤدي إلى تخدير الجهاز العصبي وأن التأثير الذي يحدثه هو شلل أطراف الأعصاب وأن المتهم وضع المادة وهو عالم بتأثيرها في شراب تناوله المجني عليه وأن هدفه من ذلك هو تعطيل مقاومته حتى يتمكن من ارتكاب السرقة فإن الإكراه الذي يتطلبه القانون يكون متحققا - نقض ١٩٦٧/١٢/٤ ، أحكام النقض ، س ١٨ ، رقم ٢٥٧ ، ص ١٢١٨ - وقضى في فرنسا بتوافر الإكراه المادي عندما قام المتهم بالسرقة برش غاز مسيل للدموع Gaz Lacrymogène على وجه المجني عليه لكي يتمكن من ارتكاب جريمة. Paris, 10 ch. 25 Juin 1986, Juris - Data, No. 26374.

(٢) نقض ٩٧/١٠/٤ ، أحكام النقض ، س ٤٨ ، رقم ١٥٠ ، ص ١٠٩ - ٩٢/١١/٩ ، س ٤٣ ، رقم ١٥٦ ، ص ١٠١٤ ، ... مشار إليه د/محمود نجيب حسني ، شرح قانون العقوبات "القسم الخاص" ، مرجع سابق ، بند ١٢٤٧ ، ص ٩١٦ - د/رؤوف عبيد ، جرائم الاعتداء على الأشخاص والأموال ، دار الفكر العربي ، ط ٧ ، ١٩٧٨ ، ص ٣٩٥ - د/عبد الحميد الشواربي ، مرجع سابق ، ص ١٣٢.

(٣) د/أحمد فتحي سرور ، مرجع سابق ، ص ٧٧٣ - د/محمود مصطفى ، مرجع سابق ، ص ٤١٤

(٤) نقض ١٩٩٣/٢/١٧ ، أحكام النقض ، س ٤٤ ، ق ٢٥ ، ص ٢٠١

د/حسن صادق المرصفاوي ، مرجع سابق ، ص ٣٢٦ .

والتهديد باستخدام سلاح صورة من صور الإكراه المعنوي. وقد كان ذلك مقتضيا تقرير عدم كفايته ليقوم به الظرف المشدد ولكن محكمة النقض قضت بأنه وإن كان القانون لم ينص في المادة ٣١٤ عقوبات على التهديد باستعمال سلاح وعلى عده بمنزلة الإكراه كما فعل في بعض المواد الأخرى إلا إنه مادام التهديد باستعمال سلاح هو في ذاته ضرب من ضروب الإكراه لأن شأنه شأن الإكراه تماما من حيث إضعاف المقاومة وتسهيل السرقة... فإن مفاد ذلك أن تعطيل مقاومة المجني عليه كما يصح أن تكون بالوسائل المادية التي تقع على جسم المجني عليه يصح أيضا أن تكون بالتهديد باستعمال سلاح ، وفي إشارة المادة - ٣١٤ عقوبات إلى الإكراه إطلاقا ما يكفي لأن يندمج في الإكراه كل وسيلة قسرية تستعمل لغل يد المجني عليه عن المقاومة والحيلولة بينه وبين منع الجاني عن مقارفة جريمته ، ويستوى في الأداة المهدد بها أن تكون سلاحا بطبيعته أو بالتخصيص متى ثبت أن الجاني حملها عمدا لمناسبة السرقة ليشد بها أزره وليتخذ منها وسيلة لتعطيل مقاومة المجني عليه في ارتكاب السرقة وهو ما يستخلصه قاضي الموضوع من أي دليل أو قرينة في الدعوى في حدود سلطته التقديرية^(١).

(١) نقض ١٩٦٨/١٢/٣٠ ، أحكام للنقض ، س ١٩ ، رقم ٢٢٨ ، ص ١١١٧ . طعن رقم ٢٢٥٩٨ لسنة ٦٧ ق حلة ٩٩/١١/٣ (المستحدث من أول ٩٨/١٠) ، طعن رقم ٢٧١٢ لسنة ٦٤ ق جلسة ٢٣/٩٦/٥ - لم ينشر .

- د/رمسيس بهنام، القسم الخاص في قانون العقوبات، منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٨٢، ص ٤٧٣ .
 - د/رؤوف عبّيد ، مرجع سابق ، ص ٢٩٦ - حيث قضى بأنه يعد سرقة بإكراه رفع سكين في وجه زوجة المجني عليه أثناء ارتكابها لمنعها من الاستغاثة وبأنه لا يشترط أن يكون التهديد باستعمال سلاح بطبيعته بل يكفي التهديد باستعمال أداة من الأدوات العادية التي تصلح للاعتداء مثل فأس ، أو قضيب حديد أو نحوها... نقض ١٩٤٣/٣/٨ ، مجموعة القواعد القانونية ، ج ٦ ، رقم ١٢٦ ، ص ١٩٩ - نقض ١٩٤٣/٣/٢٩ ، رقم ١٤٩ ، ص ٢١٧ - ١٩٦٨/١٢/٣٠ ، أحكام للنقض ، س ١٩ ، رقم ٢٢٨ ، ص ١١١٧ - وقضى أيضا بأن التهديد باستعمال سلاح - بطبيعته أو بالتخصيص يتحقق به الإكراه في مجال المادة - ٣١٤ ع. استخلص ذلك موضوعي نقض ١٩٩٦/١٢/٢٣ ، أحكام للنقض ، س ٤٧ ، ق ١٢٦ ، ص ٨٦٨ .

- راجع ما تقدم من الرسالة ص ٥ - طعن رقم ١١٨٥ لسنة ٦١ ق حلة ٢٩/٤/٢٠٠١ - لم ينشر .
 - وتنص المادة - ٢١٨ - عقوبات فرنسي جديد " السرقة تشدد عقوباتها إذا ارتكبت باستعمال سلاح أو التهديد باستعماله سواء كان السلاح مرخص أو غير مرخص "
 - وقضى في فرنسا بتحقيق التهديد باستعمال سلاح إذا استخدم سكين في تهديد قائد سيارة مما أجبره على تركها .

- Cass- crim, 13 mai 1988, B, No 233.

- ويعتبر سلاح في حكم المادة - ٢٨٤ قديم السكين - ومسدسات الإنذار .

- Cass- Crim, 92 juin 1969, B, No 75.

- Cass crim, 20 juin 1978, B, No 203.

- ويستوي أن يكون السلاح الذي يحمله الجاني ظاهرا أو مخبأ .

- Cass crim, 11 juin 1986, B, No 202.

المبحث الثاني

أن يقع الإكراه بقصد ارتكاب الجريمة

١٢٣- توافر علاقة السببية بين الإكراه والسرقة:

لا يكفي أن يوجه الإكراه إلى إنسان وأن يكون مصاحبا لارتكاب السرقة بل يلزم بالإضافة إلى ذلك أن يقع الإكراه بقصد السرقة. ويكون الإكراه كذلك إذا قصد به تسهيل ارتكاب السرقة أو إتمامها. فيشترط أنن في جنابة السرقة بإكراه أن يرتبط الإكراه بالسرقة بوحدة الغرض ويكون الحكم قاصرا إذا لم يستظهر هذا الارتباط^(١)

فخطورة السارق لا تتحقق إلا إذا ثبت أنه قد استخدم وسيلة خطيرة في تنفيذ السرقة واستخدام الوسيلة يعني جعلها جزءا من المشروع الإجرامي ، أي اتجاه القصد الى الاستعانة بها في تنفيذ هذا المشروع^(٢) وأوجه هذه الصلة متنوعة فقد يكون الإكراه لتهيئة السرقة ، كمن يضرب المجني عليه لإضعافه أو إرهابه أو يخدره وقد يكون الإكراه لتسهيل السرقة ، ويأتيه السارق أثناء ارتكابه فعل الاختلاس لتمكينه من إتمامه ، كمن يبدأ في فعله فيصطدم بمقاومة المجني عليه فيضربه ليتمكن من الاستمرار فيه. وقد يكون الإكراه في النهاية مقصودا به تمكين السارق من ان يحوز الشئ حيازة تامة فيباشر عليه مظاهر السيطرة التي تعترضها الحيازة^(٣).

(١) ١٩٤٨/١٢/٢١ مجموعة القواعد القانونية ، ح-٧ ، ق ٧٣٩ ، ص ٦٩٩ - ١٩٥٤/٥/١٨ ، أحكام النقض ، س ٥ ، ق ٢٢٥ ، ص ٦٧٤ - ١٩٩٨/٣/٧ ، س ٤٩ ، رقم ٥٠ ، ص ٣٨٥ - ١٩٨٤/٤/١٨ ، س ٩٨ ، رقم ٧٢ ، ص ٥٤٨

(٢) نقض ٢٩/١٢/٢٧ ، ح-٦ ، رقم ١٨٧ ، ص ٢٣٣ - ١٩٤٣/٢/٨ ، رقم ٩٦ ، ص ١٣١ ، ١٩٣٨/٤/١٨ ، ح-٤ ، رقم ٢٠٥ ، ص ٢١٨ - ٩٦/٤/١٤ ، أحكام النقض ، س ٤٧ ، رقم ٧٣ ، ص ٥١٩ - ٩٦/٥/٢٣ ، رقم ٩٧ ، ص ٦٨٨ .

(٣) د/ محمود نجيب حسنى ، شرح قانون العقوبات "القسم الخاص" ، مرجع سابق ، ص ٩١٧ - د/ عبد المهيمن بكر ، جرائم الاعتداء على الاشخاص ، دار النهضة العربية ، ١٩٦٦ ، ص ٣٧٧ - د/ عوض محمد ، مرجع سابق ، ص ٣١٠ .

وتتعدم الرابطة بين السرقة والإكراه المشدد لها إذا كان ما استخدم من عنف قصد به ارتكاب جريمة أخرى. فإذا ضرب شخص آخر ضربة وقع على أثرها مغشياً عليه ثم طرأت له فكرة السرقة فأخذ ما بجيوب المجني عليه من نقود لا يعد سارقاً بالإكراه بل مرتكباً لجريمة سرقة وضرب^(١) وكذلك أيضاً إذا كان العنف المستخدم من قبل الجاني يقصد ارتكاب الإغتصاب ثم ارتكب الفاعل بعد ذلك سرقة من منزل من اغتصبها فإن السرقة لا تكون حاصلة بطريق الإكراه ، ويسأل الجاني عن جريمة اغتصاب وسرقة وذات الشيء يقال إذا كان العنف المستخدم بعد وقوع السرقة بقصد الانتقام ولا يعد من الإكراه في السرقة اعتداء أحد الجناة على شريكه في السرقة لأنه أراد الاستئثار بالشيء المسروق^(٢).

واستظهار الرابطة بين السرقة والإكراه يدخل في سلطة قاضي الموضوع بغير معقب عليه في ذلك مادام قد استخلصها واستخلص نية السرقة مما يؤدي إليها فعلاً^(٣).

ومن جماع ما تقدم يتبين أنه لكي يتوافر الظرف المشدد يجب أن تكون هناك علاقة سببية بين فعل الإكراه وفعل السرقة وليست مجرد علاقة زمنية وأن تكون هناك جريمة سرقة يقترب بها هذا الظرف المشدد.

(١) د/ عبد العظيم مرسى وزير ، جرائم الأموال ، دار النهضة العربية ، ١٩٨٣ ، ص ٩٦ ، ص ٢٣٧ - د/ احمد فتحي سرور ، الوسيط في قانون العقوبات " القسم الخاص " ، مرجع سابق ، ص ٨٦٢.

(٢) السيد حسن البغال ، مرجع سابق ، ص ٨٠ - د/ عبد العظيم مرسى وزير ، مرجع سابق ، ص ٢٢٧ - د/ المرصفاوى ، قانون العقوبات الخاص ، مرجع سابق ، ص ٣٢٨.

(٣) ١٩٧٥/١١/٣٠ ، أحكام النقض ، ص ٢٦ ، ق ١٧٣ ، ص ٧٨٦ - نقض ١٩٩١/٥/١٢ ، ص ٤٢ ، ق ١١٢ ، ص ٧٨٦ ، نقض ١٩٩٤/٤/١٩ ، ص ٤٥ ، ق ٨٨ ، ص ٥٤٣.

المبحث الثالث

أن يكون الإكراه مصاحبا لارتكاب الجريمة

١٢٤- الإكراه سابق أو معاصر للسرقة :

يكون الإكراه مصاحبا للسرقة متى سبقها بقصد تسهيل ارتكابها أو تعاصر معها بقصد اتمام ارتكابها ، أما إذا تلاها بعد تمامها فلا يعتد به وتخرج الواقعة عندئذ من نطاق جريمة السرقة بإكراه فالإكراه السابق والمعاصر هما وحدهما اللذان يعتد بهما قانونا في جنائية السرقة بإكراه (١)

والإكراه السابق هو الوسيلة القسرية التي يستخدمها الجاني ليعطل أو يضعف قوة المقاومة التي تتبها عند المجني عليه أثناء محاولة السرقة بحيث يتغلب الأول على الأخير وينتزع منه الشيء المراد سرقته ، أو يكون في سبيله إلى انتزاعه ومن ذلك إذا ساهم عدة أشخاص في تنفيذ جريمة السرقة بطريقة توزيع الأعمال التي تتكون منها فبعضهم استعمل الإكراه على المجني عليه وامسك به حتى يتمكن البعض الآخر من نقل المسروقات والفرار بها ، فهذا يجعلهم قانونا مسئولين جميعا باعتبارهم فاعلين أصليين في السرقة على أساس أنها تكونت من أكثر من عمل واحد وإن كلا منهم مع علمه بها وبفعل زملائه قام بتنفيذ عمل منها (٢) .

ويلاحظ أن الإكراه السابق الذي يمهد لسلب الحيازة غالبا ما يمتد أثناءها فيتوافر في الواقعة صورتان للإكراه : إكراه سابق وإكراه معاصر ولا تأثير لذلك من الناحية القانونية .

(١) د/ عبد المهيم بكر ، جرائم الاعتداء على الأشخاص ، مرجع سابق ، ص ٣٧٧ - د/ احمد فتحى سرور ، الوسيط فى قانون العقوبات " القسم الخاص " ، مرجع سابق ، ص ٨٦٣ - السيد حسن البغال ، مرجع سابق ، ص ٨٢ .

(٢) ١٩٥٢/١٠/٢٨ ، أحكام النقض ، س ٤ ، ق ٢٠ ، ص ٢٧ - ٩١/٥/١٢ ، س ٤٢ ، ق ١١٢ ، ص ٧٨٦ - ٩٢/١١/٣ ، س ٤٣ ، ق ١٥١ ، ص ٩٨١ .

١٢٥. ضابط الإكراه المعاصر والإكراه اللاحق في الفقه :-

ولمعرفة ما إذا كان الإكراه معاصراً أم لاحقاً يتعين أن ينظر إلى المرحلة التي وقع الإكراه فيها. وفي هذا الشأن يمكن أن يصادفنا اتجاهان يضع كل منهما معياراً للتفرقة.

الاتجاه الأول :

معييار التلبس : قال بهذا المعيار بعض من الفقه الفرنسي ومؤداه أن الإكراه - المستخدم من قبل الجاني لا تنقطع علاقته بالسرقة مادامت الجريمة في حالة تلبس كما تقرر (المادة ٣٠.أ.ج) فحكمة التشديد تكون متوافرة إذا وقع الإكراه والجريمة متلبس بها وعلى هذا المعيار جري القضاء المصري زمناً. ومن ذلك ما قضت به محكمة النقض من أنه (إذا كان الثابت بالحكم أن متهمين ثلاثة اتفقوا فيما بينهم على سرقة بقرة فذهبوا إلى مكانها ، ومع الأول والثاني منهم أسلحة نارية واعترضوا صاحب البقرة وتمكنوا من سرقتها منه وحضر ابنه وآخر على استغاثته واعترضا المتهمين وأمسك الابن بزمام البقرة فضربه أحد المتهمين بعصا على يده وأطلق الآخران النار على زميله فأصاباه ثم هرب المتهمون جميعاً وتركوا البقرة. فهذه الواقعة تعتبر سرقة بإكراه لحصول التعدي بالعصا من أحد المتهمين على ابن المجني عليه عندما أراد تخليص البقرة منهم ، ولأن جريمة السرقة كانت وقت حصول التعدي في حالة تلبس ، وكل إكراه يقع من الجاني والجريمة في هذه الحالة ليتمكن من الإفلات بالمسروق يجعل السرقة بطريق الإكراه ^(١) ، كما قضى بأنه لا يلزم في الإكراه الذي يعد قانوناً ظرفاً مشدداً في السرقة أن يكون سابقاً أو مقارناً لفعل الاختلاس بل أن يكون كذلك ولو أعقب فعل الاختلاس متى كان قد تلاه مباشرة أثناء مشاهدة المتهم متلبساً بالجريمة وكان الغرض منه الفرار بالشئ المختلس ففي هذه الحالة يكون القول بأن السرقة قد وقعت بالإكراه صحيحاً إذ أن

(١) ١٩٣٨/٤/١٨ ، مجموعة القواعد ، ج ٤ ، ق ٢٠٥ ، ص ٢١٨ - ١٩٤٥/٣/٥ ، ق ٥٢١ ، ص ٦٥٨ - ١٩٧١/٤/١٨ ، أحكام النقض ، ص ٢٢ ، ق ١٧ ، ص ٧٠ - ٩٤/١٢/٤ ، ج ٦ ، ق ٤٠٨ ، ص ٥٤١ .

تمام استحواد المستهم على الشيء المسروق لم يكن ميسوراً إلا بما ارتكب من الإكراه^(١) ويأخذ الفقه على معيار التلبس في الإكراه المعاصر بعض المآخذ أهمها :-

١. أن فكرة التلبس فكرة إجرائية يرتب عليها المشرع نتائج إجرائية نص عليها في قانون الإجراءات الجنائية ولا شأن لها بشروط الجريمة التي ينبغي البحث عن معايير لها في القواعد الموضوعية التي يعني بها قانون العقوبات ذاته^(٢).

٢. إن الأخذ بمعيار التلبس ينتهي بنا إلى أبعد مما يريد الشارع أن يقف. فالمشرع يريد فقط التشديد على السرقة التي تحصل عن طريق الإكراه وليس على السرقة التي يتبعها إكراه. فالقول بأن الإكراه الواقع والجريمة في حالة

(١) ١٩٤٣/٢/١ ، مجموعة القواعد ، ح ٦ ، ق ٥٦ ، ص ١٣٢ - ٤٧/٤/٢١ - ح ٧ - ق ٣٥٠ ، ص ٣٣٢ - ٦٧/١٢/١٨ ، أحكام النقض ، س ١٨ ، ق ٢٧٢ ، ص ١٢٧٧ - ٩٦/٣/٧ ، أحكام النقض ، س ٤٧ ، ق ٤٨ ، ص ٣٣٧ - ٩٧/١٠/٤ ، أحكام النقض ، س ٤٨ ، ق ١٥٠ ، ص ١٠٠٩ .

(٢) ومع ذلك يؤيد جانب من الفقه المصري قضاء النقض فيما كان قد ذهب إليه من الأخذ بفكرة التلبس إذ يقرر "أن ما قالته محكمة النقض بشأن استعمال الجاني للإكراه وهو في حالة تلبس بالسرقة ليس إلا تطبيقاً للقواعد العامة بشأن الشروع في السرقة ، فالسرقة لا تتم إلا بعد أن تستتب السيطرة الفعلية للجاني على الشيء ، وما لم يتحقق هذا الاستتباب فهو لازال في مرحلة الشروع وضبط الجاني وهو في حالة تلبس يكون قبل أن تستقر له السيطرة الفعلية على الشيء . ويضيف أنه " لا يبدو من الوقائع التي عرضت لها محكمة النقض أنها تعني كافة صور التلبس ومنها التلبس الاعتباري بل وكل ما تعنيه هو التلبس قبل أن تنهياً للجاني السيطرة الفعلية على الشيء "

- د/ احمد فتحي سرور ، الوسيط في قانون العقوبات " القسم الخاص " ، مرجع سابق ، ص ٨٦٣ .

- د/ عوض محمد ، جرائم الاشخاص والأموال ، مرجع سابق ، ص ٣١١ .

- د/ رؤف عبيد ، جرائم الاعتداء على الاشخاص والأموال ، مرجع سابق ، ص ٣٩٨ .

- ونحن من جانبنا لا نري ما يبرر الاستعانة بفكرة التلبس وهي فكرة إجرائية نظراً لكفاية فكرة الشروع - وهي موضوعية في المقام الأول .

تلبس يعتد به قانوناً مؤداه التشديد بسبب الإكراه الذي يقع عقب وقوع الجريمة بوقت قصير إذ أن حالة التلبس تمتد في بعض الصور إلى هذا الوقت^(١).

٣. ليس الأخذ بمعيار التلبس هو السبيل الوحيد للعقاب على أعمال العنف اللاحقة على ارتكاب السرقة ولو بوقت يسير فإذا لم يكن في القواعد الموضوعية ما يعين على ذلك - وهذا امر مستبعد - فإنه من المتصور أن يسأل الجاني عن هذه الأعمال باعتبارها جريمة مستقلة ولكن ذلك لا يكون إلا بنص صريح^(٢).

(١) ويبدو أن محكمة النقض ذاتها تأثرت بالرأي القائل بأن جريمة السرقة لا تعتبر كاملة إذا ضبطت في حالة التلبس ، ولو كان فاعلها قد أخرج فعلاً المنقول المملوك لغيره من نطاق السيادة المادية عليه لحائزه ، إذ ذكرت في حكمها السابق والذي أشرنا إليه (١٩٣٨/٤/١٨ ، مجموعة القواعد ، ج ٤ ، ق ٢٠٥ ، ص ٢١٨) والصادر في واقعة اعتراض ابن المجني عليه والصوص لتخليص البقرة المسروقة منهم واعتداء أحدهم عليه بالعصا ثم هروبهم وتركهم للبقرة ، أن جريمة السرقة كانت وقت حصول هذا التعدي في حالة تلبس وكل إكراه يقع من الجاني والجريمة في هذه الحالة ليتمكن من الإفلات بالمسروق يجعل السرقة حاصلة بطريق الإكراه ورأت المحكمة ذلك رغم أن البقرة كانت قد أخرجت فعلاً من نطاق حيازة صاحبها مادياً لها .

- ونحن ننضم إلى سائر الفقه في القول بأن تفسير المادة - ٣١٤ عقوبات فيما يتعلق بوقت حدوث الإكراه بالقياس إلى وقت حدوث الاختلاس ما كان يتطلب كل ذلك العناء وتلك المحاولة التي أريد بها تأخير وقت وقوع جريمة السرقة كاملة عن اللحظة التي كان المفروض أنها لحظة ارتكابها تماماً - والقول يتراخى ذلك الوقت إلى ما بعد هذه اللحظة تعلاً بحالة التلبس والقانون قصد بعبارة " السرقة بإكراه والوارد في المادة - ٣١٤ ع - السرقة التي يتقدمها أو يقرن بها أو يتلوها الإكراه في صلة من المصاحبة الزمنية تشبه تلك التي نص عليها القانون في علاجه للاقتران بين القتل وجناية أخرى مع فارق هام هو أن الاختلاس هنا والإكراه يقرنان زمنياً ليكونا جناية واحدة بعينها هي جناية السرقة بإكراه... د/ رمسيس بهنام ، القسم الخاص في قانون العقوبات ، مرجع سابق ، ص ٤٨٢ - د/ محمود نجيب حسنى ، شرح قانون العقوبات " القسم الخاص " ، بند ١٢٥٠ ، ص ٩١٧ .

(٢) قضى المشرع الإيطالي في نص المادة - ١/٦٢٨ على السرقة بالقوة أو التهديد ونص في الفقرة الثانية من ذات المادة على أنه يجازي بنفس العقوبة من يستعمل القوة أو التهديد عقب الاختلاس مباشرة ليتمكن أو ليتمكن غيره من حيازة الشيء المختلس أو الفرار من العقوبة وفي ذات المعنى جاءت المادة - ٤٦٩ من قانون العقوبات البلجيكي د/ عبد العظيم مرسى وزير ، جرائم الأموال ، مرجع سابق ، ص ٢٢١ - د/ محي الدين عوض ، قانون العقوبات السوداني ، مرجع سابق ، ص ٦٤٢ .

الإنجاء الثاني : معيار الشروع

اتجه القضاء الفرنسي في سنة ١٨٨٣ إلى القول بأن الإكراه الذي يكون القصد منه الهرب بالمسروق يعد تمام الجريمة لا يغير من نوعها وفي وقت سابق كانت محكمة النقض الفرنسية قد قررت في سنة ١٨١٢ أن مثل هذا الإكراه يكون له أثر في نوع الجريمة ولقد انقسم الفقه في فرنسا عقب ذلك إلى مؤيد للقضاء القديم ومؤيد للقضاء اللاحق - والواقع أن كلا القضائين متفق على أن أعمال العنف اللاحقة على تمام الجريمة لا تدخل في تنفيذها ومن ثم لا يغير طبيعتها ولكن الخلاف بينها في تحديد الوقت الذي تنتهي فيه حالة الشروع وتعتبر الجريمة تامة^(١)

ذهب الفقيه الفرنسي (جارو) إلى القول بأن السرقة لا تتم إلا بخروج السارق من المكان الذي وقعت فيه السرقة^(٢) ومادام الجاني لم يغادر المكان فإن جريمته تعتبر في حالة شروع بحيث إذا ما ارتكبت إكراها في هذه المرحلة كان لها

(١) د/ عبد المهيمن بكر ، مرجع سابق ، ص ٣٧٨ - د/ عبد العظيم مرسى وزير ، مرجع سابق ، ص ٢٢١ .

(٢) وهذا الرأي معيب إذ لا علاقة مطلقاً بين بقاء السارق داخل المنزل أو خروجه منه وبين تمام السرقة أو عدم تمامها ، فقد تتم السرقة بغير أن يخرج الجاني من المكان الذي وقعت فيه كما لو سرق خادم أو ضيف في منزل متاعاً لصاحب المنزل ووضعه في غرفته الخاصة أو حقييته فلا ريب أنه يعد مرتكباً لجريمة سرقة تامة رغم استمرار بقائه بالمنزل ... د/ علي راشد ، الجرائم التي تحصل لأحاد الناس، مكتبة سيد عبد الله وهبة ، ١٩٧٢ ، ص ٢٩٥ .

- وهذا ما قضت به محكمة النقض من أنه " إذا كانت الواقعة الثابتة بالحكم هي أن صراف المديرية تسلم بعض رزم الأوراق المالية من صراف البنك الأهلي ووضعتها على المنضدة بجواره ، وشغل بتسليم باقي الأوراق ، فاغتم المتهم هذه الفرصة وسرق رزمه منه ، وأخفاها تحت ثيابه ، ولما افتضحت السرقة ألقاها خلف عامود يبعد عن محل وقوفه حيث وجدها احد عمال البنك ، فهذه الواقعة تعتبر سرقة تامة لأن المال قد انتقل فعلاً من حيازة الصراف إلى حيازة المتهم بطريق الاختلاس وبنية السرقة ٢١/ ١٩٣٦ ، مجموعة القواعد ، ج ٤ ، ق ٢٥ ، ص ٢٥ .

في حين ذهب إلى القول " ... لا يلزم في الاعتداء الذي تتوافر به جريمة الشروع على السرقة باكراه أن يكون الاعتداء سابقاً أو معاصراً لفعل الاختلاس بل يكفي أن يكون عقب فعل الاختلاس متى كان قد تلاه مباشرة وكان الغرض منه النجاء بالشئ المختلس (طعن رقم ١٣٣٥٥ لسنة ٦٥ ق جلسة ٩٧/٩/٢٥ - لم ينشر) .

أثر فى طبيعة الجريمة ولقد طبعت محكمة النقض هذا المعيار عام ١٩١٦ حين قالت " بأن نقل الشئ من مكانه لا يتم به السرقة إلا إذا كان النقل تاما ومخرجا للمال من حيازة المالك. فالسرقة من منزل لا تعتبر تامة لمجرد وضع السارق يده على الشئ المسروق ولا بالخروج به من الغرفة التى كان بها ولكى تعتبر السرقة تامة يجب أن يخرج السارق بما سرق من المنزل جميعه فإذا أمسك شخص السارق فى صحن الدار وهو حامل الشئ المسروق وخارج به فضربه السارق تخلصا منه (أى من الشخص الذي اعترضه) تعتبر السرقة واقعة بإكراه (١) .

والواقع أن معيار الشروع هو الأصوب من الناحية العملية على أن يتحدد بسبق الإستيلاء على الشئ المسروق إستيلاء تاما يخرج من حيازة صاحبه ويجعله فى قبضة الجاني وتحت سيطرته فحيث يثبت أن الاختلاس قد تم واكتمل فكل عنف يعقبه لا يعد إكراها بأية حال. أما حيث يبدأ الاختلاس ثم يدركه العنف قبل تمامه فإنه يكون سرقة بإكراه فالإختلاس فى السرقة لا يكتمل إلا إذا استخلص السارق لنفسه حيازة الشئ المسروق وبسط عليه السيطرة ومادام الجاني لم يخرج بالمسروق من منزل صاحبه أو خرج منه ولكن صاحب الشئ طارده فإن سيطرته على الشئ لا تكون سيطرة كاملة ولا مستقلة فإذا وقع منه إعتداء على المالك أو على الغير فى هذه اللحظة لاستخلاص الحيازة أو بالاستئثار بها فذلك يكون إكراها تشدد من أجله العقوبة أما إذا تخلى السارق عن الشئ ثم لاذ بالفرار فأن فعله الإجرامي يكون انتهى ، فإن وقع منه اعتداء على الغير وهو لائذ بالفرار فذلك لا يعد إكراها بل جريمة مستقلة يعاقب عليها بمقتضى القانون (٢).

(١) نقض ١٩١٦/٢/١٢ ، المجموعة الرسمية ، س ١٧ ، ق ٧٢ ، ص ١٢٠ - والحكم صحيح فى ذاته لولا فساد الاستدلال ... مشار اليه د/ على راشد ، مرجع سابق ، ص ٣٢٨

(٢) د/ على راشد ، مرجع سابق ، ص ٢٢٩ - د/ عبد الرحيم صدقي محمد حسني ، الوجيز فى قانون العقوبات الخاص المصري ، بدون جهة نشر ، ط ١ ، ١٩٨٣ م ، ص ٢١٠ - د/ عبد العظيم مرسى وزير ، مرجع سابق ، ص ٢٢٢ - د/ عوض محمد ، مرجع سابق ، ص ٣١٤ - د/ المرصفاوي ، مرجع سابق ، ص ٣٢٩ .

وأخيراً نشير إلى أن الإكراه ظرف عيني ومن ثم يسري على جميع المساهمين في السرقة ولو لم يعلموا به ^(١) ومن باب أولى لا يجوز للمتهم أن يدفع مسئوليته عن الإكراه بقوله أنه لم يسهم في اقتراف الفعل الذي قام الإكراه به ^(٢).

١٢٦- موقف الشريعة الإسلامية:

القاعدة في الشريعة الإسلامية أنه لا عقاب على حديث النفس في الجريمة قبل ارتكابها. قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "إن الله تجاوز لأمتي عما وسوست أو حدثت به نفسها ما لم تعمل به أو تتكلم" ومن استقراء النصوص الفقهية في الشريعة الإسلامية نجد أن هناك اتجاهين للتفرقة بين بدء التنفيذ والجريمة التامة حيث نجد أن غالبية الفقهاء يعتبرون الجاني قد بدأ في تنفيذ جريمة عندما يقوم بأحد الأفعال التي يتكون منها الركن المادي أو يبدئه في فعل من هذه الأفعال. ^(١) وورد في المجلى لابن حزم عن عمرو بن شعيب أن سارقاً نقب خزانة المطلب بن وداعة فوجد بها قد جمع المتاع ولم يخرج به فأتى به إلى ابن الزبير فجلده وأمر به أن

(١) نقض ١٩٣٧/١٢/١٣ ، مجموعة القواعد القانونية ، جـ ٤ ، رقم ١٢١ ، ص ١٠٩ - ١/٢٣ / ٣٩ رقم ٣٣٩ ، ص ٤٤١ ، - ١٩٥٤/٣/٢ ، أحكام النقض ، س ٥ رقم ١٢٣ ، ص ٤٠٠ - نقض ١٩٥٧/١١/١٩ ، س ٨ ، رقم ٢٥٢ ، ص ٩٢١ ، - ١٩٥٤/٣/١٨ ، س ٢٥ ، ق ٦٨ ، ص ٣١١ - ٩٤/٢/٦ ، أحكام النقض ، س ٤٥ ، ق ٣٣ ، ص ٢٢١ - نقض ٩٤/٦/٢ ، ق ١٠٦ ، ص ٦٩٦ .

Cass. Crim., 20 Déc 1923, B. No. 441 ; 28 Juill 1953, B. No. 262; 3 Mars 1965, B. NO.64.

(٢) ١٩١٧/١٠/٦ ، المجموعة الرسمية ، س ١٨ ، رقم ١١٢ ، ص ١٩٥ - ١٩٤٩/٤/١٢ ، مجموعة القواعد القانونية جـ ٧ ، ق ٨٧١ ، ص ٨٣٢ - ١٩٩٦/٣/٧ ، أحكام النقض ، س ٤٧ ، ص ٣٣٧ .

- د/ محمود نجيب حسنى ، مرجع سابق ، بند ١٢٥١ ، ص ٩١٩ - د/ رمسيس بهنام ، مرجع سابق ص ٤٧ .

- د/ إبراهيم حامد طبطاوي ، المسئولية الجنائية عن جرائم السرقة والمزاعم الملحقة بالسرقة ، دار النهضة العربية ، ١٩٩٠ ، بند ١٠ ، ص ١١

(٣) وهذا الرأي مقابل لأصحاب المذهب المادي في القانون الوضعي حيث يقرر أن العامل المهم في الجريمة هو الفعل المادي الذي يرتكب وما يترتب عليه من الضرر فبدء التنفيذ الذي يكون الشروع هو البدء في تنفيذ الفعل المادي المكون للجريمة كما نص عليها القانون ويدخل في ذلك بداهة وضع المتهم يده على الشيء الذي يريد سرقة إذا لم يمكن من أخذه ونقل الشيء من محل إلى آخر داخل المكان ... د/ على راشد ، الجرائم التي تحصل لأحاد الناس ، مرجع سابق ، ص ٢٩٦ . - د/ حسنى أحمد الجندي ، جريمة السرقة " بين القانون الوضعي والشريعة الإسلامية " ، دار النهضة العربية ، ١٩٨٥ ، ص ١١٥ .

يقطع فمر بابن عمر فسأل فأخبر فأتى ابن الزبير فقال : أمرت به أن يقطع ؟ فقال : نعم . قال : فما شأن الجلد ؟ قال : غضبت . فقال ابن عمر : ليس عليه قطع حتى يخرج من البيت أرأيت لو رأيت رجلاً بين رجلين امرأة لم يصبها أكنت حاده ؟ قال : لا . لعله كان نازعاً وتاركاً للمتاع ^(١) ، ويرى آخرون ومنهم الشافعي والحسن والسيدة عائشة أن العبرة بنفسية الجاني فإذا دخل اللص المكان الذي ينوي سرقة وجمع المتاع المراد سرقة وضبط قبل خروجه اعتبر فعله جريمة سرقة تامة وليس بدءاً في التنفيذ فقط ^(٢) .

(١) ركن السرقة هو الأخذ على سبيل الاستخفاء . قال الله تبارك وتعالى الأمن استرق السمع سمي سبخله وتعالى أخذ المسموع على وجه الاستخفاء استراقاً ، ولهذا يسمى الأخذ على سبيل المجاهدة مغالبة أو نهبه أو خلسة أو غصبا أو انتهابا واختلاسا لا سرقة - وروي عن سيدنا علي رضي الله عنه انه سئل عن المختلس والمنتهب فقال تلك الدعابة لا شيء فيها وروي عن النبي عليه الصلاة والسلام انه قال لا قطع على نباح ولا منتهب ولا خائن ثم الأخذ على وجه الاستخفاء نوعان مباشرة وتسبب (أما) المباشر فهو ان يتولى السارق اخذ المتاع واخراجه من الحرز بنفسه حتى لو دخل الحرز واخذ متاعا فحمله او لم يحمله حتى ظهر عليه وهو في الحرز قبل ان يخرج فلا قطع عليه لأن الأخذ اثبات اليد ولا يتم ذلك إلا بإخراج من الحرز ولم يوجد وان رمى به خارج الحرز ثم ظهر عليه قبل ان يخرج وهو من الحرز فلا قطع عليه لأن يده ليست بثابتة عليه عند الخروج من الحرز فإن لم يظهر عليه حتى خرج واخذ ما كان رمى به خارج الحرز يقطع ... الإمام علاء الدين ابن بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، مرجع سابق ، ص ٦٥ . الإمام/ محمد ابو زهرة ، الجريمة ، مرجع سابق ، ص ٣٣٧ .

(٢) وهذا الرأي مقابل لأصحاب المذهب الشخصي في القانون الوضعي والذي محوره شخص الجاني ونصيبه من الخطورة بدلا من ماديات الجريمة ومبلغ الفعل المرتكب من الجسامة عند التفكير التقليدي - صاغ الفقه والقضاء ما يعرف بالضابط " الشخصي " للشروع ووفقا لهذا الاتجاه الحديث يكون الفعل شروعا في سرقة - ولو لم يكن بدءاً في تنفيذ مادية الاختلاس ، أو شطر من ظرف مادي مشددا في السرقة - متى كان بحسب ظروف الواقعة دالا على أن عزم الجاني على السرقة كان نهائيا لا رجعة فيه ، بحيث لو ترك شأنه لتمت الجريمة حتما ... د/ علي راشد ، الجرائم التي تحصل لأحاد الناس ، مرجع سابق ، ص ٢٩٨ - الأستاذ/ عبد القادر عودة ، مرجع سابق ، ص ٣٥٠ .

وعند الشاعى تكون العقوبة القطع لأن سرقة قد تمت بأخذ المال المحرز والخروج بعد ذلك ليس تتميم فعل السرقة بل للنجاة من صاحبه وهو كحد الزنا يجب بنفسه الإيلاج إن أخذ على ذلك قبل أن ينزع نفسه وروي سعيد عن قتادة عن الحسن قال : إذا وجد فى بيت فعليه القطع قال أبو بكر :

دخوله البيت لأستحق به اسم السارق فلا يجوز إيجاب القطع به وأخذه فى الحرز أيضا لا يوجب القطع لأنه باق فى الحرز ومتى لم يخرج من الحرز فهو بمنزله من لم يأخذه فلا يجب عليه القطع ولو جاز إيجاب القطع فى مثله لما كان لاعتبار الحرز معنى ^(١) .

(١) ويلاحظ انه بالنسبة لجريمة الحراية يرى بعض الفقهاء الخروج على القواعد العامة حيث يكتمل الركن المادي بمجرد الدخول الى الحرز ولو لم يخرج المسروق منه ... د/ احمد فتحي بهنسى ، نظريات فى الفقه الجنائى الإسلامى " دراسة فقهية مقارنة " ، يرجع سابق ص ٤٤ - د/ حسنى احمد الجندي ، مرجع سابق ص ٤٤ - د/ حسنى احمد الجندي ، مرجع سابق ، ص ١١٥ .

المبحث الرابع آثار الإكراه في العقوبات

١٢٧- في القانون الوضعي :-

القانون المصري يعاقب على السرقة بالإكراه بالسجن المشدد ... (م/٣١٤ فقرة أولى عقوبات) وتوقع هذه العقوبة لمجرد استخدام الإكراه أي دون أن يتخلف عنه جروح أو إصابات.

أما إذا ترك الإكراه أثر جروح تكون العقوبة السجن المؤبد أو السجن المشدد (م/٣١٤ فقرة ثانية من قانون العقوبات) ومتى ثبتت حدوث الإصابات فلا يعيب الحكم أن يخطئ في تحديد مكان إحدى الإصابات^(١).

(١) نقض ١٩٦٠/٢/٢٩ ، أحكام النقض ، س ١١ ، ق ٣٤ ، ص ١٨١ كما لا يعيب الحكم أيضا أن يخطئ في وصف فعل الإكراه ذاته فإذا أقر المتهم بالسرقة بإكراه بالتحقيقات بأنه أمسك المجني عليها لتقييد حركتها وقال الحكم أنه قد كم فاما من بعد أن أمسك بها ، لا يعيبه لأنه ليس بذئ بال أن تكون مساهمة المتهم بتقييد حركة المجني عليها أو تكميم فاما ... نقض ١٩٧٧/٥/٨ ، أحكام النقض ، س ٢٨ ، ق ١١٦ ، ص ٥٤٧ - ويكفي لبيان ركن الإكراه في السرقة أن تقول المحكمة في حكمها أن ركن الإكراه لا شبهه فيه إذ شهد المجني عليه أن شخصين تغلبا عليه فاماله أحدهما والقاء الآخر ، وتمكنا من سلب نقوده - ٩٤/١٢/٤ - مجموعة القواعد ، ج ٦ ، ق ٥٤٩ - ١٩٩٦/٤/١٤ ، أحكام النقض ، س ٤٧ ، ق ٧٣ ، ص ٥١٩ .

ويلاحظ أن المشرع لم يواجه بنص صريح حالة ما إذا أدى الإكراه المقترن بالسرقة إلى الموت وفي البحث عن العقوبة الواجبة للتطبيق في مثل هذه الحالة ينبغي التفرقة بين فرضين الأول أن يقصد الجاني بالاعتداء في هذا الفرض تحقيق نتيجة محددة وهي للمساس بسلامة جسم المجني عليه لشل مقاومته فتقع نتيجة ابعاد وهي الموت وبذلك نكون إزاء جريمتين جريمة ضرب أفضى إلى موت وجريمة سرقة بإكراه وهي حالة من حالات تعدد الجرائم تطبق بشأنها نص المادة (٣٢ فقرة أولى) من قانون العقوبات وتطبق عقوبة السرقة بإكراه.

الفرض الثاني إذا قصد الجاني الاعتداء بالقتل فإننا نكون إزاء جنائية قتل مرتبطة بجنحة سرقة وتطبق المادة (٢٢٤ فقرة ثانية شطر ثاني) التي تنص على أنه ... وأما إذا قصد منها (أي من جنائية القتل العمد) التآهب لفعل جنحة وهي في فرضنا السرقة (أو تسهيلها أو ارتكابها بالفعل أو مساعدة مرتكبها أو شركائهم على الهرب أو التخلص من العقوبة فيحكم بالاعدام أو السجن المؤبد ... معدلتان بق رقم ٩٥ لسنة ٢٠٠٣ الذي استبدل بعبارة السجن المؤبد "عبارة الأشغال المؤبدة ... ولا يصح اعتبار الواقعة في هذا نص جنائية قتل مقترنة بجنائية السرقة بالإكراه مما ينطبق عليها نص المادة ٢٢٤ فقرة ثانية ، وذلك لأن من شروط تطبيق هذه الفقرة أن تكون الجنائية المقترنة بالقتل ذات كيان مستقل عن القتل بحيث لا تكون مشتركة معه في أي عنصر من عناصره ولا أي ظرف من ظروفه المشددة ، وتطبيقا لهذا قضت محكمة النقض بعدم توافر الظرف المشدد في سرقة كانت وسيلة الإكراه فيها القتل ، لأن هذه السرقة "وإن كان صحيح في القانون وصفها بأنها بإكراه إذا ما نص إليها مستقلة عن جنائية القتل العمد إلا أنه إذا نظر إليهما معا . كما هو الواجب - فإن فعل الاعتداء الذي يكون جريمة القتل هو الذي يكون في الوقت ذاته ركن الإكراه في السرقة ... فإذا كان القانون لا يعتبرها جنائية إلا بناء على ظرف مشدد وكان هذا الظرف هو المكون لجنائية القتل العمد يجب عند توقيع العقاب على المتهم ألا ينظر إليها إلا مجردة عن هذا الظرف وأن فإن العقوبة الواجب توقيعها هي العقوبة المقررة في الشق الأخير من الفقرة الثانية من المادة ٢٢٤ على أساس أن القتل وقع لتسهيل جنحة السرقة. ... نقض ١٩٤٢/١١/٢٣ ، مجموعة القواعد القانونية ، ج ٢ ، ق ٢٢ ، ص ٢٢ - ١٩٦٠/٤/٢٥ ، أحكام النقض ، س ١١ ، ق ٧٢ ، ص ٣٥٦ ومشار إليه د/ عبد العظيم مرسى وزير ، مرجع سابق ، ص ٢٣١ - د/ إبراهيم حامد طنطاوي ، مرجع سابق ، ص ٣٠ .

في حين تنص المادة ٣١٨ المعدلة بالقانون رقم ٨١ - ١٩٨٢ والصادر في ٢ فبراير ١٩٨١ على عقوبة الحبس الذي تتراوح مدته بين ثلاثة اشهر ولا تجاوز ثلاث سنين والغرامة التي تتراوح مقدارها ما بين ألف فرنك كحد أدنى وعشرين ألف فرنك كحد أقصى أو إحدى هاتين العقوبتين عند ارتكاب جريمة السرقة البسيطة وتشدّد هذه العقوبات إذا وقعت جريمة السرقة مقترنة بإكراه يترتب عليه العجز الكلى عن العمل لمدة تزيد عن ثمانية أيام أو عند ارتكابها بواسطة عصابة فعندئذ تصبح العقوبة الحبس الذي تتراوح مدته بين عشر سنوات وعشرين سنة كما تشدد ثانيا إذا كان الفاعل حاملا سلاحا ظاهرا أم مخفيا فتصير السجن المؤبد^(١).

١٢٨- موقف الشريعة الإسلامية :

السرقه في الشريعة الإسلامية نوعان :

(١) سرقة عقوبتها الحد (٢) وسرقه عقوبتها التعزير . والسرقه المعاقب عليها بالحد نوعان : أ- سرقة صغري ب- سرقة كبرى - فأما السرقة الصغري فهي أخذ مال الغير خفية أي على سبيل الاستخفاء أما السرقة الكبرى فهي أخذ مال الغير على سبيل المغالبة وتسمى السرقة الكبرى (حراية) والفرق بين الاثنين هو أن السرقة الصغري يؤخذ فيها المال دون علم المجني عليه ودون رضاه فلا بد لوجود السرقة الصغري من توافر هذين الشرطين معا. أما السرقة الكبرى فيؤخذ فيها المال بعلم المجني عليه ولكن بغير رضاه وعلى سبيل المغالبة^(٢).

(1) Des parties (F) et leGunehec (F), le nouveau Droit pénal, op, cit. P. 67

(٢) ويتفق فقهاء المسلمون على أنه يلزم لتحقيق السرقة المعاقب عليها بالحد ضرورة توافر ثلاثة أركان وهي : (١) الأخذ خفية (وهي يقابل الاختلاس في القانون الجنائي الوضعي بأن يأخذ الجاني الشيء من المجني عليه دون علمه ودون رضاه) ويشترط لتحقيق الأخذ شرعا خروج الشيء المسروق من حرزه المعد لحفظه وإن يدخل المسروق في حيازة السارق. (٢) أن يكون المأخوذ مالا مملوكا للغير بالغا للنصاب. (٣) القصد الجنائي - فإذا توافرت في الجريمة الأركان الثلاثة عدت السرقة جريمة تامة معاقب عليها بالحد وهي قطع اليد - أما إذا تخلف ركن من هذه الأركان دخلت الجريمة في عداد الجرائم غير التامة والمعاقب عليها بالتعزير.

أما الحراية وإن سميت بالسرقة الكبرى إلا أنها لا تتفق تمام الاتفاق مع السرقة فالسرقة أخذ المال خفية والحراية هي الخروج لأخذ المال على سبيل المغالبة فركن السرقة الأسامي هو أخذ المال فعلا وركن الحراية هو الخروج لأخذ المال سواء أخذ المال أم لم يؤخذ والسارق يعتبر سارقا إذا أخذ المال خفية أما المحارب فيعتبر محاربا في حالات :- الأولى : إذا خرج لأخذ المال على سبيل المغالبة فأخاف السبيل ولم يقتل أحدا . الثانية : إذا خرج لأخذ المال على سبيل المغالبة فأخذ المال ولم يقتل أحدا . الثالثة : إذا خرج لأخذ المال على سبيل المغالبة فقتل ولم يأخذ مالا . الرابعة : إذا خرج لأخذ المال على سبيل المغالبة فأخذ المال وقتل ، ففي هذه الحالات الأربع يعتبر الشخص محاربا مادام خرج بقصد أخذ المال على سبيل المغالبة أما الخروج بقصد أخذ المال إذا لم يؤد لحالة من الحالات السابقة ليس حراية ولكنه ليس مباحا بل هو معصية يعاقب عليها - بالتعزير ... د/ حسني احمد الجندي ، جريمة السرقة بدل للقانون الوضعي والشريعة الإسلامية ، مرجع سابق ، ص ١٥٥ - الأستاذ/ عبد القادر عودة ، التشريع الجنائي الإسلامي " مقارنا بالقانون الوضعي " دار الطباعة الحديثة ، ١٩٨٤ ، ج ٢ ، ص ٦٨٣ ، ٥١٤ .

حد السرقة:

الأصل فى حد السرقة قوله تعالى (والسارق والسارقة فاقطعوا ايديهما جزاء بما كسبا نكالا من الله والله عزيز حكيم)^(١)

ويترتب على ثبوت السرقة شيئان : أولهما : ضمان قيمة المال المسروق - وثانيهما : قطع السارق.

أولا : الضمان :

يذهب أبو حنيفة وأصحابه أن الجاني إذا تثبت عليه السرقة ملزم بضمان قيمة الشيء المسروق ، وإنه يجب عليه القطع إذا تبين أنه سارق ، ولكنهم يرون الضمان والقطع لا يجتمعان معاً وحجتهم أن نص القرآن جاء بالقطع فقط وإن عبد الرحمن بن عوف روي عن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - " إذا قطع السارق فلا غرم عليه " ولهم حجة أخرى منطقية وهي : أن المضمونات تملك عندهم من وقت الأخذ عند أداء الضمان أو اختياره ، فلو ضمن السارق قيمة المسروق فكانه ملكه من وقت أخذه وكأنه أخذ ما يملكه فلو قطع مع الضمان لقطع فى ملك نفسه. والقطع لا يجب إلا بأخذ ملك الغير ويرى الحنفية عموماً أن للمالك استرداد المسروق بعد القطع مادام المسروق لم يستهلك سواء كان المسروق فى يد السارق أو كان السارق قد تصرف فيه للغير، وللغير أن يرجع بالثمن على السارق ولكن ليس له أن يرجع عليه بالقيمة لأن الرجوع بالقيمة معناه الضمان وقد انتفى الضمان عن السارق بالقطع^(٢).

فى حين ذهب الشافعى وأحمد وإسحاق إذا كان المسروق قائماً ، رد الى صاحبه ، لقول رسول الله - صلى الله عليه وسلم - " على اليد ما أخذت حتى تؤديه " فإذا تلف المسروق فى يد السارق ، ضمن بدله وقطع ولا يمنع أحدهما الآخر ،

(١) سورة المائدة : الآية (٣٨)

(٢) الإمام/ علاء الدين أبى بكر بن مسعود الكاسانى الحنفى ، مرجع سابق ، جـ ٧ ، ص ٨٤ ومشار اليه الأستاذ/ عبد القادر عودة ، مرجع سابق ، ص ٦١٨.

لأن الضمان لحق الأدمي ، والقطع يجب لله - تعالى - فلا يمنع أحدهما الآخر - كالبية والكفارة (١).

وقال أبو حنيفة : إذا تلف المسروق ، فلا يغرم السارق لأنه لا يجتمع الغرم مع القطع بحال ، لأن الله ذكر القطع ، ولم يذكر الغرم (٢).
والقاعدة إذا وجب الغرم ، إن لم يقطع مطلقاً أو قطع وأيسر من يوم الأخذ وسقط الحد إن سقط العضو بعدها ، لا بتوبة وعدالة ، وتداخلت إن اتحدت كقذف وسرب (٣).

ثانياً : القطع

عقوبة القطع لا يجوز العفو فيها لا من المجني عليه ولا من رئيس الدولة ولا يجوز أن تستبدل بها عقوبة أخرى أخف منها. والأصل في ذلك ما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم " تجافوا العقوبة بينكم ، فإذا انتهى بها إلى الإمام فلا عفا الله عنه إن عفا " (٤).

(١) محمد بن اسماعيل الأمير اليمنى الصنعاني ، سبل السلام شرح بلوغ المرام من جمع أدلة الأحكام ، مرجع سابق ، ج ٤ ، ص ٤٨

(٢) سيد سابق ، مرجع سابق ، ج ٣ ، ص ٢٣٥.

(٣) وروي النسائي أن رجلاً من مزيه أتى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال يا رسول الله كيف تري في جريسة الجبل - فقال : هي ومثلها والنكال وليس في شيء من الماشية القطع إلا فيما آواه المراح فبلغ ثمن المجن ففيه قطع اليد . وما لم يبلغ ثمن المجن ففيه غرامه مثليه وجلدات النكال . قال : يا رسول الله كيف تري في الثمر المعلق ؟ قال : هو ومثله معه والنكال وليس في شيء من الثمر المعلق قطع إلا فيما آواه الجرين فما أخذ من الجرين فبلغ ثمن المجن ففيه القطع فمالهم يبلغ ثمن المجن ففيه غرامة مثلية ... د/ أحمد فتحي بهنسي ، العقوبة في الفقه الإسلامي ، مرجع سابق ، ص ٢٠٠ - الإمام/ عبد العزيز حمد آل مبارك الاحسائي ، مرجع سابق ، ص ٥١٧.

(٤) صفات الحدود لا خلاف في حد الزنا والشرب والسرقه انه لا يحتل العفو والصلح والإبراء بعد ما ثبت بالحجة لأنه حق الله تعالى خالصاً لاحقاً للعبد فيه فلا يملك إسقاطه وكذا يجري فيه التداخل حتى لو زنا مراراً أو شرب الخمر مراراً أو سكر مراراً لا يجب عليه إلا حد واحد ، لأن المقصود من إقامة الحد هو الزجر وانه يحصل بحد واحد فكان في الثاني والثالث احتمال عدم حصول المقصود فكان فيه احتمال عدم الفائدة ولا يجوز إقامة الحد مع احتمال عدم الفائدة ولو زنا أو شرب أو سكر أو سرق فحد ثم زنا أو شرب أو سرق يحد ثانياً لأنه تبين أن المقصود لم يحصل وكذا إذا سرق سرقات من أناس مختلفة وخاصمو جميعاً فقطع لهم كان القطع عن السرقات كلها من أناس مختلفة وخاصمو جميعاً فقطع لهم كان القطع عن السرقات كلها ... الإمام/ علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي ، مرجع سابق ، ص ٥٥.

وقد اختلف الفقهاء فى محل القطع الى حد كبير فذهب البعض إذا وجب القطع قطعت يده اليمنى من مفصل الكف ، وحسنت وجوبا ، وهو أن يغمس موضع القطع من مفصل الذراع فى زيت مغلى : فإن عاد قطعت رجله اليسرى من مفصل الكعب ، وحسنت وجوبا ، وصفة القطع : أن يجلس السارق ، ويضبط لثلا يتحرك وتشديده بحبل ، وتجر حتى يتبين مفصل الكف من مفصل الذراع ثم توضع بينهما سكين حادة ، ويدق فوقها بقوة لتقطع مرة واحدة ولا يقطع فى شدة حر ولا برد ، ولا مريض فى مرضه ، ولا حامل حال حملها ولا بعد وضعها حتى ينقضي نفاسها وإذا قطعت يده ثم سرق قبل التئامها لم يقطع حتى يندمل القطع الأول وكذا لو قطعت رجله قصاصا لم يقطع اليد فى السرقة حتى يبرأ الرجل فإن عاد ثالثا بعد قطع يده ورجله حرم قطعه وحبس حتى يموت^(١) . ويرى الظاهريون أن القطع واجب فى اليدين معا . فإذا سرق قطعت إحدى يديه فإذا عاد للسرقة قطعت يده الثانية . فإن سرق الثالثة عزر ومنع الناس ضرره حتى يصلح حاله وحجتهم أن القرآن والسنة جاء بقطع يد السارق لا بقطع رجله ومحل القطع عند أبى حنيفة والشعبة والزيدية وعلى الراى الأول - وهو الراجح فى مذهب أحمد - هو اليد اليمنى والرجل اليسرى وحجتهم فى ذلك أولاً ما روي عن أبى هريرة أن النبى - صلى الله عليه وسلم - قال فى السارق " إن سرق فاقطعوا يده ثم إن سرق فاقطعوا رجله " ولأن نص القرآن " فاقطعوا أيديهما " قصد منه اليد اليمنى فقط بدليل قراءة عبد الله بن مسعود " فاقطعوا أيمانهما " ولا يظن بمثله أن يقرأ ذلك من تلقاء نفسه بل سماعاً عن رسول الله صلى الله عليه وسلم - ولأن القطع - قطع اليدين - يفوت منفعة الجنس ، وكذلك قطع الرجلين معا ، فلا يستطيع أن يأكل أو يمشى أو يتطهر أو يدفع عن نفسه^(٢) ومحل القطع عند مالك والشافعى وعلى الراى الثانى فى مذهب أحمد هو اليدان والرجلان معا . فتقطع اليد اليمنى أولاً . فإن عاد السارق

(١) لشيخ الإسلام المحقق / أبى النجا شرف الدين موسى الحجازي المقدسى ، الاقناع ، مرجع سابق ، ج ٤ ، ص ٢٨٥ .

(٢) الإمام / موفق الدين أبى محمد عبد الله بن أحمد بن محمود قدامه ، المغنى ، مرجع سابق ، ج ١٠ ، ص ٢٦٤ - الإمام / علاء الدين أبى بكر بن مسعود الكاسانى الحنفى ، بدائع الصنائع ، مرجع سابق ، ج ٧ ، ص ٨٦ - الأستاذ / عبد القادر عودة ، التشريع الجنائى الإسلامى ، مقارنا بالقانون الوضعى ، مرجع سابق ، ج ٢ ، ص ٦٢٣ - الإمام / علاء الدين أبى الحسن على بن سليمان ، الاوصاف ، مرجع سابق ، ج ١٠ ، ص ٢٨٧ .

قطعت رجله اليسرى فإن عاد الثالثة قطعت اليد اليسرى ، فإن عاد الرابعة قطعت رجله اليمنى فإن عاد بعد ذلك حبس حتى يموت أو تظهر توبته (١).

وإذا كان القطع هو العقوبة الأساسية أو الأصلية في السرقة ومع ذلك يمكن للقاضي أن يحكم علاوة على ذلك بتعليق يد السارق في رقبتة بعد قطعها (٢).

عقوبة الحرابة :

الحرابة هي قطع الطريق أو هي السرقة الكبرى ، وإطلاق السرقة على قطع الطريق مجاز لا حقيقة لأن السرقة هي أخذ المال خفية وفي قطع الطريق يؤخذ المال مجاهرة ولكن في قطع الطريق ضرب من الخفية هو اختفاء القاطع عن الإمام ومن أقامه لحفظ الأمن ولذا لا يطلق السرقة على قطع الطريق إلا بقيود فيقال السرقة الكبرى ، ولو قيل السرقة فقط لم يفهم معني قطع الطريق ولزوم التقيد من علامات المجاز (٣) .

(١) شيخ الإسلام/ أبي يحيى زكريا بن محمد بن زكريا الانصارى ، أسنى المطالب ، مرجع سابق ، ج ٤ ، ص ١٥٢ .

(٢) وتعليق اليد على هذا النحو تعتبر عقوبة تكميلية جوازية لا تطبق إلا إذا نطق القاضي بها والغرض من ذلك هو تحقيق الردع العام حتى يعرف الناس جميعا عاقبة السرقة فيكون عبرة لغيره كما انه للزجر والتكيل بالجاني ويستدل على ذلك من السنة والآثر . (١) السنة : ما روي عن مكحول عن عبد الرحمن بن محييز قال : سألت فضالة بن عبيد عن تعليق اليد في عتق السارق أمن السنة هو ؟ قال أتى رسول الله صلى الله عليه وسلم بسارق فقطعت يده ، ثم أمر بها فعلقت في عنقه .

(٢) وفي الآثر : ما روي عن القاسم بن عبد الرحمن عن أبيه قال : رأيت عليا رضي الله عنه أقر عنده سارق مرتين فقطع يده فعلقها على عنقه فكأنني انظر الى يده تضرب صدره.... واختلف الفقهاء حول المدة التي يستغرقها تعليق يد السارق في رقبتة فالبعض من الحنابلة سكت عن تحديد هذه المدة والبعض الآخر حددها بمدة ثلاث أيام أن رآه القاضي أما الشافعية فقد حددوها بساعة ... د/ حسني الجندي ، فكرة العقوبات التبعية والتكميلية في الشريعة الإسلامية دار النهضة العربية ، ١٩٩٣ ، بند ٤٥ ، ص ٧٩ .

الأستاذ/ عبد القادر عودة ، التشريع الجنائي الإسلامي ، مرجع سابق ، ج ٢ ، ص ٦٣٩ - د/ أشرف عبد الرازق ويح ، التعزير بالحبس في الشريعة الإسلامية ، مقال سابق ، ص ١٤٠ .

(٣) الأستاذ/ عبد القادر عودة ، التشريع الجنائي الإسلامي ، مرجع سابق ، ص ٦٣٨ - الأستاذ/ سيد سابق ، فقه السنة ، مرجع سابق ، ج ٣ ، ص ٢١٥ .

وقد أنزل الله - سبحانه - في جريمة الحراية قوله (إنما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون في الأرض فسادا أن يقتلوا أو يصلبوا أو تقطع أيديهم وأرجلهم من خلاف أو ينفوا من الأرض ذلك لهم خزي في الدنيا ولهم في الآخرة عذاب عظيم * إلا الذين تابوا من قبل أن تقدروا عليهم فاعلموا أن الله غفور رحيم) (١) فهذه الآية نزلت فيمن خرج من المسلمين بقطع السبيل ، ويسعى في الأرض بالفساد (٢) لقوله - سبحانه - (إلا الذين تابوا من قبل أن تقدروا عليهم) وقد أجمع العلماء على أن أهل الشرك إذا وقعوا في أيدي المسلمين فأسلموا فإن

(١) سورة المائدة : الآية (٣٣ : ٣٤)

(٢) وقد روي أن الحراية قد نزلت بعد حادثة العرنيين الذين كانوا قد أكرمهم النبي الكريم وأغاثهم ولكنهم قتلوا راعي النبي ومروا الأبل . فنزل قوله تعالى " إنما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون في الأرض فسادا أن يقتلوا أو يصلبوا أو تقطع أيديهم وأرجلهم من خلاف أو ينفوا من الأرض " وطبق حكم هذه الآية عليهم وقطعت أيديهم وأرجلهم من خلاف . وترد عدة ملاحظات على هذا القول أولها : أن هناك خلاف في مناسبة نزول الآية الكريمة ففي قول أنها نزلت في المشركين وفي قول آخر أنها نزلت في قطاع الطريق المحاربين ثانيهما : أن الطريقة التي وصف بها الانتقام من العرنيين لا تتفق مع ما نهى عنه الرسول الكريم الذي قال " اياكم والمثله " وقد روي عن القاضي عياض قد استشكل عدم سقيهم بالماء للاجماع على أن من وجب عليه القتل فاستسقى لا يمنع عنه الماء واجاب بأن ذلك لم يقع عن أمر النبي صلى الله عليه وسلم ولا وقع منه نهى عن سقيهم ومن هذا نتفق مع الرأي القائل بأن هذا الخبر لا يمكن أن يصح نسبته إلى الرسول الكريم نظرا لتعدد الروايات عنه ومما فيه من شذوذ ... د/ عبد الأحد جمال الدين ، الشرعية الجنائية في الشريعة الإسلامية ، مقال سابق ، ص ١٥٦ - الأستاذ/ سيد سابق ، مرجع سابق ، ص ٢٢٠ .

ويرجع الخلاف بين الفقهاء في العقوبة المقررة إلى اختلافهم على تفسير حرف (أو) الوارد في الآية ... ومن رأي أن حرف (أو) جاء للبيان والتفصيل قال أن العقوبات جاءت مترتبة على قدر الجريمة وجعل لكل جريمة بعينها عقوبة بعينها ومن رأي أن حرف (أو) جاء للتخير ترك للإمام أن يوقع عقوبة على أية جريمة بحسب ما يراه ملائما إلا أن مالكاً فيد للتخير في حالة القتل فجعل الخيار بين القتل والصلب فقط أما الظاهريون فيرون الخيار المطلق ...

الإمام / محمد أبو زهرة ، العقوبة ، مرجع سابق ، ص ١٣٦

الإمام/ سيد سابق ، مرجع سابق ، ص ٢٢١ .

الأستاذ/ عبد القادر عودة ، مرجع سابق ، ص ٦٤٧ .

الإسلام يعصم دماءهم وأموالهم ، وإن كانوا قد ارتكبوا من المعاصي قبل الإسلام ، ما يستوجب العقوبة : (قل للذين كفروا أن ينتهوا يغفر لهم ما قد سلف)^(١).

وتختلف عقوبة المحارب عند أبي حنيفة والشافعي وأحمد باختلاف الأفعال التي يأتيها فتعبير حراية فقال الشافعي وأحمد : إذا قتل المحاربون ولم يأخذوا المال قتلوا ، وإن قتلوا وأخذوا المال قتلوا وصلبوا ، وإن أخذوا المال ولم يقتلوا قطعت أيديهم وأرجلهم من خلاف ، وإن أخافوا الطريق ، ولم يأخذوا مالا ولم يقتلوا نفسا ، فقال أحمد : ينفون من الأرض ، فيتسردوا متفرقين . وقال الشافعي يعزرون بحبس وغيره^(٢).

وقال أبو حنيفة : إن قصدوا قطع الطريق ولم يأخذوا مالا ولا قتلوا نفسا فجزاءهم النفي وإن أخذوا مالا قطع الإمام أيديهم وأرجلهم من خلاف وإن قتلوا ولم يأخذوا مالا قتلهم الإمام حداً وإن قتلوا وأخذوا المال فالإمام بالخيار إن شاء قطع أيديهم وأرجلهم من خلاف وقتلهم وصلبهم ، وإن شاء قتلهم ، وإن شاء صلبهم ، بصلب الواحد حياً ويعج بطنه الرمح حتى يموت^(٣).

واتفق الشافعي وأبو حنيفة وأحمد على أن المحاربين لا يقطع منهم إلا من أخذ ما يقطع السارق مثله . واتفق مالك وأبو حنيفة أن المحارب يصلب حياً ثم يقتل مصلوباً . وقال الشافعي وأحمد : يقتل أولاً ثم يصلب وعند مالك ينزل من الصلب بعد القتل مباشرة . وعند أبي حنيفة والشافعي يصلب ثلاثة أيام ثم ينزل^(٤) ويرى مالك أن الإمام مخير بين أن يقتل المحارب أو يصلبه أو يقطعه أو ينفيه وإن الأمر في الاختيار مرجعه الاجتهاد وتحري المصلحة العامة . فإن كان المحارب ممن له الرأي والتدبير فوجه الاجتهاد قتله أو صلبه لأن القطع لا يرفع ضرره وإن كان

(١) سورة الأنفال : الآية (٣٨)

(٢) الشيخ/ محمد بن محمد أحمد الشربيني الخطيب ، مغني المحتاج الى معرفي معاني الفاظ المنهاج ، دار احياء التراث " بيروت " ، بدون تاريخ ، جـ ٤ ، ص ١٨١ .

(٣) الإمام/ أبي يحيى زكريا بن محمد بن زكريا الانصاري ، أسنى المطالب ، مرجع سابق ، جـ ٤ ، ص ١٥٤ .

(٤) الشيخ/ عبد العزيز حمد آل مبارك الأجسائي ، تبين المسالك ، مرجع سابق ، ص ٥٢٢ .

لا رأى له وإنما هو ذو قوة وبأس قطعه من خلاف وإن كان ليس فيه شيء من هاتين الصفتين أخذ باليسر وما يجب فيه وهو النفي والتعزير^(١).

ويجري التداخل في جريمة الحراية فلو ارتكب أكثر من حراية عوقب عنها جميعا مرة واحدة إذا كان الفعل الذي أتاه واحد فإن كان الفعل مختلفا كفى أن يعاقب بعقوبة الفعل الأشد عقوبة هذا مع ملاحظة رأى أبى حنيفة وفي حالة أخذ المال جاز قطعه ثم قتله . وهذا على رأى القائلين بأن (أو) للتخير فعند مالك يتداخل على الوجه السابق أيضا لأنه يخصص لأخذ المال والقتل فتداخل الأفعال من نوع واحد ويكفى عقوبة واحدة وإذا اختلفت كانت العقوبة الأشد هي الواجبة^(٢).

ويتضح من خلال ما تقدم مدي شدة العقوبة في الشريعة ولكن لى توقع هذه العقوبة فإن الشريعة تتطلب أدلة اثبات متناهية الشدة. وذلك بالطبع أمر خارج عن نطاق بحثنا - الأمر الذي ينتهى بنا فى أغلب الحالات إلى تطبيق العقوبات التعزيرية^(٣).

(١) وقد اختلف أهل التأويل فى تفسير هذا الى أربعة أقوال :

أحدهما : أنه بإبعادهم عن بلاد الإسلام الى بلاد أخرى وهذا انس بن مالك والحسن وقتاده والزهرى .
والثاني : أنه إخراجهم من مدينة الى أخرى وهذا قول عمر بن عبد العزيز رحمه الله وسعيد بن جبر .
والثالث : أنه الحبس وهو قول أبى حنيفة ومالك .

والرابع : وهو أن يطلبوا إقامة الحدود عليهم فيبتعدوا وهذا قول ابن عباس والشافعى .
وقد قيل أنه لا ينفى إلا من لم يأخذ المال ولم يقتل وقال قوم بل الإمام مخير فيهم على الإطلاق سواء قتل أو لم يقتل أخذ المال أو لم يأخذه ... د/ احمد فتحي بهنسى ، نظريات فى الفقه الجنائى الإسلامى ، مرجع سابق ، ص ١٨٨

الأستاذ/ عبد القادر عودة ، التشريع الجنائى الإسلامى ، مرجع سابق ، ص ٦٤٩

(٢) الأستاذ/ عبد القادر عودة ، مرجع سابق ، ص ٦٥٩ .

(٣) وبيان ما يسقط الحكم بعد وجوبه منها تكذيب المقطوع عليه القاطع فى إقراره بقطع الطريق أنه لم يقطع على الطريق ومنها رجوع القاطع عن إقراره بقطع الطريق وتكذيب المقطوع عليه بالبيئة ومنها ملك القاطع المقطوع له وهو المال قبل الترافع أو بعده ومنها توبة القاطع قبل أن يقدر عليه مع رد المال على صاحبه إن كان أخذ المال لا غير مع الغرم على أن لا يفعله مثله فى المستقبل وهذا بخلاف سائر الحدود أنها لا تسقط بالتوبة والفرق أن الخصومة شرط فى السرقة الصغرى والكبرى لأن محل الجنائية خالص حق العباد والخصومة تنتهى بالتوبة والتوبة تمامها رد المال الى صاحبه على أن عدم وجوب الحد لا يمنع من تعزيره وضمانه لما أخذ وعدم وجوب الحد على الصبى أو المجنون لا يمنع من تأديب الصبى والمجنون بما يتفق مع حالتهما كالضرب وحجر المجنون فى مكان لمنع أذاه على الناس - والقاعدة فى الشريعة أن كل ما يعتبر معصية إذا أتاه الإنسان عزر ولو أراد الفاعل فعلا ما ، لم يتمه مادام ما فعله يعتبر معصية فى ذاته لاحد فيها ، فإذا كان ما فعله سواء أتمه أو لم يتمه ، فيه الحد عوقب بعقوبة الحد إذا توافرت شروطها فإذا لم تتوافر شروطها فالعقوبة التعزير كلما كون الفعل معصية ... الإمام علاء الدين أبى بكر ، بدائع الصنائع ، مرجع سابق ، ص ٩٦ ... راجع ما سبق من الرسالة ص ٥٥ .

الباب الثانى الإكراه فى قانون الإجراءات الجنائية

١٢٩- تمهيد وتقسيم :

من الثابت أن الإنسان يولد بريئاً ، وهذا هو الأصل فيه ، ويستمر هذا الأصل مصاحباً له طيلة حياته بحيث لا ينتقض إلا بالحكم القضائى بالإدانة عن فعل جرمى. وهذا يعنى أنه إذا نسبت إليه جريمة ما ، تعين على الإدعاء أن يقيم الدليل عليها ولا تثبت إدانته عنها إلا إذا كانت أدلة الاتهام دامغة على نحو يفتتح به القاضى اقتناعاً كاملاً لا شك فيه. فالأصل فى الإنسان البراءة يقيناً، وعليه فإن إثبات عكسه لا يقوى عليه إلا يقين مثله أو أقوى منه (١) وهذا الأصل يتفق مع الفطرة السليمة ، وإن جاز إثبات عكسه بطرق محددة رسمها القانون وبين مداها وضوابطها ، من خلال الإجراءات الجنائية التى يتعين اتخاذها فى الإطار الشرعى وانتهاء بالاعتناع اليقينى للقاضى الجنائى بثبوت إدانة المتهم. وأصل البراءة فى الإنسان يعتبر وضعاً واقعياً يتطابق مع طبائع الأشياء ويتفق مع المصلحة العامة الممثلة فى ضرورة الحفاظ على حريات الأفراد وحقوقهم (٢).

وكان من أهم المبادئ التى تضمنها النظام الإجرائى الإسلامى مبدأ ضمان الحرية الشخصية للفرد ، فقد كانت حماية الإنسان وكفالة حرياته وحقوقه الأساسية

(١) د/ على حمودة، النظرية العامة فى تسبيب الحكم الجنائى "رسالة دكتوراه"، حقوق القاهرة، ١٩٩٤، ص ٧٦.

(٢) وفى هذا الصدد قضى بأنه "..... ويؤسس افتراض البراءة على الفطرة التى جبل الإنسان عليها، فقد ولد حراً مبرئاً من الخطيئة أو المعصية ويفترض على امتداد مراحل حياته أن أصل البراءة لا زال كامناً فيه مصاحباً له فيما يأتى من أفعال إلى أن تقضى المحكمة بقضاء جازم لا رجعة فيه هذا الافتراض "حكم المحكمة الدستورية العليا فى ١٩٩٢/٢/٢ القضية رقم ١٢/١٣ قضائية دستورية. ص ٥.

موضع اهتمام الشارع الإسلامى^(١) وتجلى ذلك فى تكريمه فى شخص آدم بقوله تعالى " وإذ قلنا للملائكة اسجدوا لآدم فسجدوا إلا إبليس أبى واستكبر وكان من الكافرين " ^(٢) كما كفل للإنسان الحق فى الحياة وذلك فى قوله تعالى " ولا تقتلوا النفس التى حرم الله إلا بالحق ومن قتل مظلوماً فقد جعلنا لوليه سلطاناً فلا يسرف فى القتل إنه كان منصوراً " ^(٣) وضمنت حقه فى حرمة الحياة الخاصة ، وذلك فى قوله تعالى " يا أيها الذين آمنوا لا تدخلوا بيوتاً غير بيوتكم حتى تستأنسوا وتسلموا على أهلها ذلكم خير لكم لعلكم تذكرون فإن لم تجدوا فيها أحداً فلا تدخلوها حتى يؤذن لكم وإن قيل لكم ارجعوا فارجعوا هو أزكى لكم والله بما تعملون عليم " ^(٤) وفى مجال حرية الرأى والتعبير فى قوله تعالى " ولتكن منكم أمة يدعون إلى الخير ويأمرون بالمعروف وينهون عن المنكر وأولئك هم المفلحون " ^(٥) .

وفى مجتمع ارتقى إلى مستوى حضارى معين ينبغى أن يكون كشف الجرائم وإثبات الحقيقة بشأن حدوثها من عدمه ، من الناحية الواقعية والقانونية ،

-
- (١) يحدثنا القرآن الكريم عن العديد من مظاهر حقوق الإنسان وفى مقدمتها :
- الحق فى الكرامة الإنسانية ، قال تعالى " ولقد كرّمنا بنى آدم وحملناهم فى البر والبحر ورزقناهم من الطيبات وفضلناهم على كثير ممن خلقنا تفضيلاً "
 - والحق فى المساواة : قال تعالى : " يا أيها الناس إنا خلقناكم من ذكر وأنثى وجعلناكم شعوباً وقبائل لتعارفوا إن أكرمكم عند الله اتقاكم إن الله عليم خبير "
 - وحرية العقيدة " لا إكراه فى الدين قد تبين الرشد من الغى "
 - وغير ذلك من الحقوق التى تسبغ على الإنسان لصلاحيته لخلافة الأرض والقدرة على إعمارها

- د/ فوزية عبد الستار ، الإسلام وحقوق الإنسان ، مؤسسة الأهرام ، ٢٠٠٧ ، ص ٣

(٢) سورة البقرة آية (٣٤).

(٣) سورة الإسراء آية (٣٣)

(٤) سورة النور يلايتان (٢٧ ، ٢٨).

(٥) سورة الكهف آية (٢٩)

وتحديد المسؤولين عنها وتوقيع الجزاء عليهم من خلال إجراءات محددة يعهد بها أساساً إلى أجهزة عامة متخصصة هي المعنية بالعدالة الجنائية. هذه الأجهزة تمارس نشاطها وفقاً لقواعد وضوابط معينة . (١) .

وتحديد أجهزة العدالة الجنائية والقواعد التي تحكم ممارستها لأنشطتها السابقة هي موضوع " قانون الإجراءات الجنائية " (٢) . حيث يبين لنا تنظيم الدعوى الجنائية في مختلف مراحلها بما في ذلك المرحلة الممهدة لها والتي تسمى بمرحلة جمع الاستدلالات حيث تبدأ الإجراءات الجنائية بالتحري عن الجرائم وهو الأمر المنوط أصلاً بأعضاء الضبطية القضائية ، فإذا توافرت الدلائل على وقوع الجريمة فإنها تنتقل إلى دور التحقيق الابتدائي الذي تتولاه النيابة العامة أو قاضي التحقيق بقصد التأكد من وقوع الجريمة واكتشاف فاعلها والتحقق من كفاية الأدلة ضده وتحديد مسؤوليته عنها.

(١) د/ محمود كبش ، تأكيد الحريات والحقوق الفردية في الإجراءات الجنائية ، دار النهضة العربية ، بدون تاريخ ، ص ٧.

(٢) يعتبر قانون الإجراءات الجنائية من أدق القوانين في حياة الدولة القانونية ففي هذا القانون يتعين على المشرع تحقيق التوازن بين مصلحتين متعارضتين هما المصلحة العامة في تحقيق العدالة الجنائية بتطبيق قانون العقوبات والمصلحة الخاصة في حماية الحرية الشخصية وسائر حقوق الإنسان المتعلقة بها. وغالباً يحدث التوتر في العلاقة بين هاتين المصلحتين ذلك أن كثيراً من الإجراءات الجنائية تعطل ممارسة الحقوق الأساسية للفرد ، حرته الشخصية وسائر حقوق الإنسان المتعلقة بها. مثال ذلك القبض ، الحبس الاحتياطي ، التفتيش ، ضبط الأشياء ، مراقبة المراسلات ، الاتصالات التليفونية ، وكلها إجراءات تمس حرية التنقل أو الحق في الملكية أو الحق في الحياة الخاصة والمشكلة التي يواجهها هذا القانون تكمن في ضمان " حسن " إدارة العدالة الجنائية وهو ما يتطلب التوفيق بين " فاعلية " هذه العدالة واحترام الحرية وسائر حقوق الإنسان

د / أحمد فتحي سرور ، الشرعية الدستورية وحقوق الإنسان في الإجراءات الجنائية ، دار النهضة العربية ، ١٩٩٣ ، ص ٣.

وستقتصر دراستنا في قانون الإجراءات الجنائية^(١) على دور الإكراه في

- (١) تختلف نظم الإجراءات الجنائية وتتووع تبعاً لاختلاف الأوضاع الاجتماعية والسياسية للشعوب وهذه النظم يمكن ردها إلى نظامين أساسيين ، وهما النظام الاتهامي ، والنظام التقبيسي ، وقد مرت المجتمعات بهذين النظامين ، وقد ظهر نظام آخر يأخذ من كل من النظامين السابقين بقدر ويسمى بالنظام المختلط.

أولاً : النظام الاتهامي :

يعد النظام الاتهامي - Système Accusatoire - أقدم النظم الإجرائية ظهوراً وكانت الجريمة وفقاً لهذا النظام ينصب أذاها على المجرى عليه وحده لذلك كان تحريك الدعوى الجنائية قاصراً على المجرى عليه أو أقربائه ثم تطور الأمر وأصبح لكل فرد في المجتمع حق تحريك الدعوى الجنائية باسم المجتمع ... ولم يعرف هذا النظام قضاء خلص بالتحقيق يتولى تهيئة الدعوى أمام قضاء الحكم بل كل من المجرى عليه والمتهم يقدمان ما يؤيد أقوالهما ، أما القاضي فكان دوره في الدعوى يتمثل في الحكم فيها وفقاً لعقيدته الذاتية ... ويتميز هذا النظام بأنه يكفل للمتهم أقصى قدر من الحرية.

Stefani(G). Levasseur(G)et Bouloc, Procédure Pénale, Dalloz. 13 éd. 1987. No. 56. P 65.

د/ محمود نجيب حسنى ، شرح قانون الإجراءات الجنائية ، دار النهضة العربية ، ١٩٨٢ ، ص ٤٣.

د/ عوض محمد ، الأحكام العامة في قانون الإجراءات الجنائية الليبي ، المكتب المصري الحديث ، ط ١ ، ١٩٦٨ ، رقم ١٨ ، ص ٣٨.

ثانياً : النظام التقبيسي :

يرتبط ظهور النظام التقبيسي بظهور الدولة وقد ترتب على ذلك أن الجريمة لم تعد تمثل عدواناً على المجرى عليه وإنما أصبحت تمثل عدواناً على المجتمع ، وقد ترتب على تولى الدولة مهمة الاتهام أن قيدت حرية المتهم فليس هو المكلف بتقديم الأدلة التي تنفي عنه ارتكاب الجريمة بل وجدت هيئة تتولى ذلك تمثل المجتمع وتتوب عنه أما القاضي فقد أصبح دوره إيجابياً إذ كان عليه البحث عن الحقيقة من خلال مراجعة إجراءات التحقيق التي قامت بها الهيئة التي تتوب عن المجتمع - وأن يباشر هذه الإجراءات مرة أخرى كي يكون الحكم الذي يصدره مطابقاً للحقيقة من حيث الواقع وإذا كان هذا النظام قد اعترف للقاضي بدور إيجابي -

مرحلتى الاستدلال والتحقيق الابتدائى من خلال فصلين.

الفصل الأول : الإكراه فى مرحلة الاستدلال.

الفصل الثانى : الإكراه فى مرحلة التحقيق الابتدائى .

= فى الدعوى إلا أن هذا الدور أصبح وبالأعلى المتهم لأنه كان يجيز للقاضى تعذيب المتهم

لحملة على الاعتراف حيث كان الاعتراف سيد الأدلة ...

Donnédiu de vabres, traité de droit criminel et de legislation pénalé
comparée. 1947. P. 578.

د/ رمسيس بهنام ، الإجراءات الجنائية تأصيلاً وتحليلاً ، منشأة المعارف ، ١٩٨٤ ، ص ٢٧.

ثالثاً : النظام المختلط

ظهر النظام المختلط System mixte والذى اجتهد فى جمع مزايا النظامين وقد اعتمد هذا النظام

على تقسيم الدعوى الجنائية إلى مرحلتين الأولى هى مرحلة الاتهام والتحقيق ، وفى هذه

المرحلة تقوم الهيئة الممثلة للمجتمع بمهمة الاتهام وأحياناً بوظيفة التحقيق. أما فى مرحلة

المحاكمة فيغلب عليها الطابع الاتهامى لأنها علنية ويحضر المتهم جميع إجراءاتها وتقوم على

مبدأ الاقتناع الذاتى للقاضى .

د/ إبراهيم حامد طنطاوى ، التحقيق الجنائى ، دار النهضة العربية ، ط ١ ، ١٩٩٩ ، ص ٨.

د/ محمد أبو العلا عقيدة ، شرح قانون الإجراءات الجنائية ، دار النهضة العربية، ط ٢ ، ٢٠٠١ «

ص ٢٨.

الفصل الأول

الإكراه فى مرحلة الاستدلال

١٣٠- تمهيد وتقسيم :

تعهد قوانين الإجراءات الجنائية المختلفة إلى مأمورى الضبط القضائى بالبحث عن الجرائم ومرتكبيها وجمع الاستدلالات التى تلزم للتحقيق فى الدعوى. وهذه المرحلة تسبق مرحلة التحقيق الابتدائى التى تتحرك بها الدعوى الجنائية^(١) وقد أطلق عليها فى فرنسا التحقيق غير الرسمى وأطلقت عليها القوانين العربية مرحلة الاستدلال أو الاستقصاء وتعتبر أعمال هذه المرحلة الوظيفة الرئيسية للشرطة القضائية^(٢).

ويأتى دور مرحلة جمع الاستدلالات بعد وقوع الجريمة وتعتبر بهذه المثابة أعمالاً ممهدة للدعوى الجنائية لا تدخل ضمن إجراءاتها ولا تعتبر جزءاً من الخصومة الجنائية ، غايتها توفير سلطات التحقيق^(٣).

(١) الهدف من إجراءات الاستدلال على الجريمة هو الإعداد للتحقيق الابتدائى أو المحاكمة حيث يكون من الجائز إجرائها دون تحقيق . فإجراءات الاستدلال بهذا التحديد لا تعتبر من إجراءات الدعوى إذ الدعوى الجنائية لا تتحرك إلا بالتحقيق د/ فوزية عبد الستار ، شرح قانون الإجراءات الجنائية ، دار النهضة العربية ، ٢٠٠١ ، ط ٢ ، ص ٢٥١ - د/ أسامة عبد الله قايد ، شرح قانون الإجراءات الجنائية ، دار النهضة العربية ، ٢٠٠٣ ، ج ١ ، ص ١٠٣.

Merle et vitu, op. cit. P. 244.

(2) STEFANI (Gaston) et levasseur (George) , Droit pénal et procedure pénale, Paris, 1975, P. 39.

(٣) بيئت أعمال الاستدلال المادة ٢٤ من قانون الإجراءات الجنائية بقولها " يجب على مأمورى الضبط القضائى أن يقبلوا التبليغات والشكاوى التى ترد إليهم بشأن الجرائم وأن يبعثوا بها فوراً إلى النيابة العامة ويجب عليهم وعلى مرؤوسيه أن يحصلوا على جميع الإيضاحات ويجروا المعاينات اللازمة لتسهيل تحقيق الوقائع التى تبلغ إليهم أو التى يعلمون بها بأية كيفية كانت وعليهم أن يتخذوا جميع الوسائل التحفظية اللازمة للمحافظة على أدلة الجريمة ويجب أن تثبت جميع الإجراءات التى يقوم بها مأمور الضبط القضائى فى محاضر موقع عليها منهم يبين بها وقت اتخاذ الإجراءات ومكان حصوله ويجب أن تشتمل تلك المحاضر زيادة على ما تقدم توقيع الشهود والخبراء الذين سمعوا ، وترسل المحاضر إلى النيابة العامة مع الأوراق والأشياء المضبوطة.

وأضافت إلى ذلك المادة ٢٩ من قانون الإجراءات الجنائية أن " لمأمورى الضبط القضائى أثناء جمع الاستدلالات أن يسمعوا أقوال من يكون لديهم معلومات عن الوقائع الجنائية ومرتكبيها وأن يسألوا المتهم عن ذلك ، ولهم أن يستعينوا بالأطباء وغيرهم من أهل الخبرة ويطلبون رأيهم شفها أو بالكتابة. ولا يجوز لهم تحليف الشهود أو الخبراء اليمين إلا إذا أخيف ألا يستطاع فيما بعد سماع الشهادة بيمين "

والاستدلال عبارة عن جمع المعلومات والبيانات الخاصة بالجريمة عن طريق التحري والمراقبة والبحث عن الفاعلين بشتى الطرق والوسائل القانونية وبالجمله إعداد جميع العناصر اللازمة للبدء فى التحقيق " بمعناه الضيق " إذا كان له وجه أو فى المحاكمة مباشرة^(١).

وسوف نقسم هذا الفصل إلى المباحث التالية :

المبحث الأول : أساس مرحلة الاستدلال وأهميتها.

المبحث الثانى : اختصاصات مأمورى الضبط فى مرحلة الاستدلال.

المبحث الثالث : الإجراءات المقيدة للحرية فى مرحلة الاستدلال.

(١) د / قدرى عبد الفتاح الشهاوى ، ضوابط السلطة الشرطية ، منشأة المعارف بالإسكندرية ، ١٩٩٩ ، ص ٤٣ - د/ عصام زكريا عبد العزيز ، حقوق الإنسان فى الضبط القضائى ، دار النهضة العربية ، ٢٠٠١ ، ص ٤٢ .

وقد اتجه جانب من الفقه إلى عدم وضع تعريف محدد للاستدلال واكتفى بأن مرحلة الاستدلال هى مرحلة سابقة على الدعوى بل هى تجهيز لها ، ويبدأ عملها بعد وقوع الجريمة... د / حسن صادق المرصفاوى ، أصول الإجراءات الجنائية ، منشأة دار المعارف ، الإسكندرية ، ١٩٩٦ ، ص ٢٦٢ . - د / أحمد فتحى سرور ، الوسيط فى قانون الإجراءات الجنائية ، دار النهضة العربية ، ١٩٨٠ ، ص ٣٦٥ .

المبحث الأول أساس مرحلة الاستدلال وأهميتها

١٣١- تقسيم:

تهدف الدراسة في هذا المبحث إلى بيان السند القانوني لمرحلة الاستدلال كأساس لبيان مشروعيتها ثم بيان المبادئ العامة التي تحكم إجراءات هذه المرحلة والوقوف على الأهمية القانونية لها وسيكون ذلك في المطالب الآتية:

المطلب الأول: السند الشرعي لإجراءات الاستدلال.

المطلب الثاني: المبادئ العامة التي تحكم مرحلة جمع الاستدلالات.

المطلب الثالث: الأهمية القانونية لمرحلة جمع الاستدلالات.

المطلب الأول السند الشرعي لإجراءات الاستدلال

١٣٢- في قانون الإجراءات الجنائية المصري:

تستمد إجراءات الاستدلال شرعيتها من نص القانون فقد نظمها المشرع في الباب الثاني من قانون الإجراءات الجنائية وحدد القائمين بها في المواد (٢١) إجراءات وما بعدها.

وقد نص المشرع في المادة (٢١) على أنه "يقوم مأمور الضبط القضائي بالبحث عن الجرائم ومرتكبيها وجمع الاستدلالات التي تلزم للتحقيق في الدعوى" وواضح من هذا النص أن الضبط القضائي يختص بهذه السلطة وأن أعمالها لا تبدأ

إلا بعد وقوع الجريمة فهو الذى يكشف عن وقوعها ويجمع المعلومات اللازمة لمعرفة مرتكبيها لتقديمها إلى سلطة التحقيق ومن ثم فوظيفتها تختلف عن وظيفة الضبط الإدارى التى تهدف إلى اتخاذ الإجراءات اللازمة لمنع الجريمة^(١).

ويجب أن تثبت جميع الإجراءات التى يقوم بها مأمور الضبط القضائى فى محاضر موقع عليها منه يبين بها وقت اتخاذ الإجراءات ومكان حصولها حيث يتم إرسالها إلى النيابة^(٢).

١٣٣- فى بعض القوانين العربية:

حرصت التشريعات الإجرائية الجنائية العربية على بيان شرعية إجراءات الاستدلال فأوردت نصوصاً تتعلق بهذه المرحلة ، من ذلك قانون أصول المحاكمات

(١) إن حماية المجتمع من أخطار وقوع الجريمة تتم من خلال تحقيق هدف الضبط الإدارى يعنى (تنظيم المجتمع وقائياً ، فالدولة أو السلطة الشرطية تنظر إلى الأخطاء التى عسى أن يؤتيها الأفراد ، والتى تؤدى إلا الإخلال بالنظام العام فى المجتمع ، فتعمل على قمعها قبل وقوعها)
Haurio (Maurice) ; Précis de droit administratif et de droit public, Paris 10 em édition, 1927, P. 477.

- د / قدرى عبد الفتاح الشهاوى ، أعمال الشرطة ومسئوليتها إدارياً وجنائياً ، رسالة دكتوراه ، جامعة الإسكندرية " كلية الحقوق " ، ١٩٦٨ ، منشأة المعارف ، ط ١ ، ١٩٦٩ ، ص ٢٢ أما مهمة الضبط القضائى فهى تنحصر فى حق الهيئات القضائية فى التعرض لحريات الأفراد باستخدام الوسائل القانونية كالقبض والتفتيش لكى تصل الى مرتكبى الجرائم ثم تقديمهم للمحاكمة لانزال العقاب حتى لا تتكرر جرائمهم وهو ما يطلق عليه النظام العقابى د / عزة الشريف ، دراسات فى التنظيم القانونى للنشاط الضبطى ، القاهرة ، دار النهضة العربية، ١٩٨٩ ، ص ٧.

Natso paulou : Les enquêtes de police, L. G.D.J, 1996 , preface de, Bouloc.
No, 29, P. 19.

(٢) تتضمن الفقرة الثانية من المادة (٢٤) إجراءات جنائية " ... ويجب أن تثبت جميع الإجراءات التى يقوم بها مأمور الضبط القضائى فى محاضر موقع عليها منهم يبين بها وقت اتخاذ الإجراءات ومكان حصولها ويجب أن تشمل تلك المحاضر زيادة على ما تقدم توقيع الشهود والخبراء الذين سمعوا ، وترسل المحاضر إلى النيابة العامة مع الأوراق والأشياء المضبوطة " .

الجزائية الأردني ، حيث بينت المادة السابعة منه مهمة الضبط القضائي في القبض على مرتكبي الجرائم ، وجمع أدلتها وإحالتهم إلى المحكمة المختصة^(١). وبينت المادة ٩٩ من هذا القانون وظيفتهم في القبض على من توافرت الدلائل الكافية على اتهامهم . أما سلطتهم في إحالة بعض الجرائم إلى المحاكم المختصة فقد بينتها المادة ٣٧ من قانون محكمة الصلح رقم ١٥ لسنة ١٩٥٢ ، وهو اختصاص إستثنائي ، حيث أن الإحالة إلى المحاكم تختص بها من حيث الأصل النيابة العامة بإعتبارها الجهة المختصة بمباشرة التحقيق طبقاً للمادة ١٦ من قانون أصول المحاكمات الجزائية^(٢). وبموجب المادة ٤٦ من قانون أصول المحاكمات الجزائية له مباشرة كافة الإجراءات التي يباشرها المدعى العام في حالة الجرم المشهود^(٣)، وهذه الإجراءات يعد بعضها من إجراءات التحقيق الابتدائي ، وبعضها الآخر من إجراءات الاستدلال.

وفي قانون الإجراءات الجنائية البحريني :- تستند شرعية مرحلة الاستدلال إلى نص المادة ٤٣ على أن : " يقوم مأمورو الضبط القضائي بتقصي الجرائم والبحث عن مرتكبيها وجمع الاستدلالات التي تلزم للتحقيق والتصرف في الدعوى "

(١) أن قانون تشكيل المحاكم النظامية رقم ٢٦ لسنة ٥٢ أعطى في المادة ٢/١٤ منه الحق للنائب العام أو المدعى العام كل ضمن دائرة اختصاصه أن ينتدب أي ضابط من ضباط الشرطة والدرك بصفته ضابطاً عدلية ليمارس مهام النيابة لدى المحاكم البدائية والصلحية بصورة عامة ومؤقتة حسبما تدعو إليه الحاجة ... والقانون رقم ٩ لسنة ١٩٦١ قد بينت المادة التاسعة منه فئات أخرى من مساعدي المدعى العام في إجراء وظائف الضابطة العدلية

... د/ محمد صبحي نجم ، الوجيز في قانون المحاكمات الجزائية الأردني ، مكتبة دار الثقافة ، ط ١ ، ١٩٩١ ، ص ١٥٦.

(٢) د/ محمد عودة نيباب الجبور ، الاختصاص القضائي لمأمور الضبط ، رسالة دكتوراه ، جامعة القاهرة ، ١٩٨١ ، ص ١٠٧.

(٣) الجرم المشهود تقابل " تعبير الجريمة المتلبس بها " ، وقد بينت المادة ٢٨ من القانون الأردني حالات الجرم المشهود وهي الجرم الذي يشاهد حال ارتكابه أو عند الإنتهاء من ارتكابه وتلحق به أيضاً الجرائم التي يقبض على مرتكبيها بناء على صراخ الناس أثر وقوعها أو بضبط معهم أشياء أو أسلحة أو أوراق يستدل منها أنهم فاعلوا الجرم ... وهي تقابل المادة ٣٠ أ . ج مصري .

- هذا ولم يورد المشرع البحريني بياناً لأعمال الاستدلال في المادتين ٤٦ ، ٥٠ من قانون الإجراءات الجنائية على سبيل الحصر حيث نصت الفقرة الثانية من المادة (٤٦) " ... يجب أن تثبت جميع الإجراءات التي يقوم بها مأمور الضبط القضائي في محاضر موقع عليها منهم يبين فيها وقت اتخاذ الإجراء ومكان حصوله كما يجب أن تشمل تلك المحاضر أيضاً على توقيع الشهود والخبراء الذين سمعوا وترسل المحاضر إلى النيابة العامة مع الأوراق والأشياء المضبوطة " .

وعليه فيجب على مأمور الضبط القضائي إثبات جميع ما يقوم به من إجراءات الاستدلال في محاضر موقع عليها منه يبين فيها وقت اتخاذ الإجراء ومكان حصوله ويجب أن تشمل هذه المحاضر توقيع الشهود والخبراء الذين سمعوا وترسل إلى النيابة العامة مع الأشياء والمضبوطات، فهذه المحاضر هي في واقع الأمر محرر لإثبات الحالة وجمع المعلومات وتحديد الشارع هذه البيانات هو على سبيل الاسترشاد^(١) .

وفي دولة الإمارات العربية المتحدة :- حدد قانون الإجراءات الجنائية في المادة (٣٠) منه دور مأموري الضبطة القضائية وهو تقصى الجرائم والبحث عن مرتكبيها وجمع المعلومات والأدلة اللازمة للتحقيق والاثهام ، وأوضحت المادة (٣٣) تفصيلاً الفئات التي تتمتع بصفة الضبطية ... ويتبع مأمورو الضبطة القضائية النواب العام ويخضعون لإشرافه فيما يتعلق بوظائفهم (المادة ٣١ من قانون الإجراءات الجزائية)^(٢) .

وفي السودان :- يتبين من نصوص الفصل الثاني عشر من قانون الإجراءات أن الضابط المسئول عن نقطة الشرطة هو الذي ناط به الشارع كل إجراءات وسلطات جمع الاستدلالات فله أن يتحرى بدون أمر من القاضي في الجرائم التي يجوز للشرطة فيها القبض بدون أمر سواء وصل إليه تبليغ عنها أو علم بها من أي طريقة أو شاهدا (م ١١١ / (١) ، (٢) ، ١١٢) وله أن يتحرى

(١) د / على فصل البوعينين ، مرحلة الاستدلال والأحكام العامة التي يخضع لها التحقيق الابتدائي في التشريع البحريني ، دار النهضة العربية ، ٢٠٠٤ ، ص ١٣ .

(٢) راجع في تفصيل ذلك د / مدحت رمضان ، الوجيز في شرح قانون الإجراءات الجنائية الاتحادي لدولة الإمارات العربية المتحدة ، دار النهضة العربية ، ٢٠٠٠ ، ص ١٤٤ .

فى الجرائم الأخرى بناء على أمر (م ١٢٢ جـ) وفى أحوال الوفاة المشتبهة أو غير الطبيعية (م ١٢٢ د).

والقاضى هو رئيس رجال الضبط القضائى فيما يتعلق بأعمال التحرى إذ له الإشراف الكامل عليهم والتدخل فى أعمالهم بقصد التوجيه للسير فى التحريات أو الاستمرار فيها أو إنهاؤها ... (م ١٢٢ ب) وللقاضى عند وصول تقرير البلاغ أو يومية التحرى أن يشير بالتوجيهات التى يعتقد أنها مناسبة لسير التحريات أو لعمل مزيد من التحريات (م ١١٤/أ ، ١٢١ ، ١٢٢/٤) ، ١٢٢ د إجراءات) أو البدء فى التحقيق أو المحاكمة ويصدر ما يراه ضرورياً من أوامر وتوجيهات ويكلف ضابط نقطة الشرطة باتخاذ اللازم نحو إحضار الشاكين والشهود والمتهمين^(١).

١٣٤- فى فرنسا :-

لم تكن إجراءات الاستدلال موضع تنظيم دقيق فى ظل قانون تحقيق الجنايات الفرنسى إنما تم الاعتراف بها كضروره عملية^(٢) ويكفل قانون الإجراءات

(١) يلاحظ أن إرسال يومية التحرى إلى القاضى من الإجراءات التى تجعله يتصل علمه بالواقعة الإجرامية وبالتالي يمكنه اتخاذ الإجراءات فيها طبقاً للمادة ١٣٥/ (جـ) إجراءات فى كلا الحالتين المنصوص عليها فى المادتين ١٢١ ، ١٢٢ إجراءات د / محمد محبى الدين عوض ، قانون الإجراءات الجنائية السودانى ، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعى ، ١٩٨٠ ، ص ٣٥١.

(٢) منذ بداية القرن التاسع عشر بدأت الشرطة القضائية فى عمل التحريات الدورية والتنظيمية بشأن كل مخالفة سواء كانت فى حالة تلبس أم لا وعمل إجراءات يطلق عليها اسم " استعلامات " سواء كان ذلك بناء على طلب تعليمات النائب الجمهورى أو بناء على طبيعة عملها وهذه التحريات التى لا ينظمها القانون كانت معرضة للنقض من قبل بعض المشرعين بسبب مدى شرعيتها وعلى الرغم من هذا فإن التطبيق العملى كان دائماً يأخذ هذه التحريات بعين الاعتبار حين كان الهدف الأساسى منها هو توفير جهات التحقيق إلى أن تم قبولها فى النهاية وتم الأخذ بها فى الأحكام القضائية وأدرجت تحت وصف " التحريات الأولية "

GARRAUD, Traité théorique et pratique d'instruction criminelle et de procédure pénale, T. 11, Paris, 1909, no 750, P. 630.

Natsopaulou, op. cit, No. 99 , P. 186.

الجنائية بيان الأسس القانونية لمشروعية هذه المرحلة حيث نصت المادة ١٤ منه " على البوليس ... جمع الإثباتات المتعلقة بالجريمة والبحث عن الجناة مادام التحقيق لم يفتح بعد " كما نص في المادة ٧٥ إجراءات " لرجال الشرطة القضائية سلطة القيام بالتحريات اللازمة إما من تلقاء أنفسهم أو بناء على تعليمات وكيل الجمهورية . وبموجب المادة ٧٥ - ١ إجراءات ، المعدلة بالقانون الصادر في ١٥ يونيو لسنة ٢٠٠٠ ، ... حين تأمر النيابة العامة الشرطة القضائية بالبدء في جمع الاستدلالات بخصوص جريمة معينة ، فإنها تحدد الفترة التي يتعين فيها الانتهاء من الاستدلالات ، ويمكن للنيابة العامة مد هذه الفترة بناء على مبررات يقدمها القائمون على هذه الإجراءات وفي الحالات التي يقوم فيها ضبط الشرطة القضائية بإجراءات الاستدلال من تلقاء أنفسهم فإنهم يلتزمون بإخطار النيابة بما أحرزوه من تقدم خلال ستة أشهر على الأكثر اعتباراً من تاريخ بدء هذه الإجراءات (م ٧٥ - ٢ - مضافة بالقانون الجديد)^(١).

وقد أقر شرعية إجراءات الاستدلال بعض القوانين مثل قانون ٢٨ جرمينال السنة السادسة ، حيث بينت المادة ١٢٥ فقرة ثانية منه الوظيفة الأساسية لقوات الحرس الإداري بأنها " جمع المعلومات المتعلقة بالجناح والجنايات المرتكبة وإيلاؤها إلى السلطات المختصة " كما بينت هذه المادة في فقرتيها السادسة عشرة والسابعة عشرة أن وظيفة رجال الدرك هي تحرير المحاضر المتعلقة بجرائم القتل أو الحريق ، وكذلك تحرير محاضر تثبت فيها الآثار المتخلفة عن ارتكاب جريمة ، وأجازت لهم الفقرة الثامنة عشرة من هذه المادة سماع أقوال من لديهم معلومات عن الجريمة سواء أكانوا من المواطنين أو الأقارب أو الجيران^(٢).

وقد بينت المواد من ١٦ إلى ٢٢ من القانون المشترك الخاص بالحرس الخاص بالحقوق حيث يكون من اختصاصهم البحث عن الجناه والخارجين الذين

(١) د/ محمود كبش ، مرجع سابق ، بند ١٠ ، ص ٣٢ - د/ محمد عودة دياب ، مرجع سابق ، ص ١٠٨.

(٢) (2) Blondet (Maurice), La Légalité de l' enquête officieuse, J.G.P. 1955. 1. 1233, No.7

ارتكبوا مخالفات ضد الممتلكات الخاصة بالحقول والريف في الغابات حيث يقوموا بكتابة المحاضر من أجل أن يثبتوا المخالفة والملابسات المحيطة بها ^(١) .

١٣٥- موقف الشريعة الإسلامية :

قال تعالى في كتابه الكريم (ولتكن منكم أمة يدعون إلى الخير ويأمرون بالمعروف وينهون عن المنكر وأولئك هم المفلحون) ^(٢) والآية الكريمة هنا تعنى انه يجب أن تكون فرقة من هذه الأمة متصدية لهذا الشأن وإن كان ذلك واجباً على كل فرد من الأمة بحسبه كما ثبت في صحيح مسلم عن أبى هريرة رضى الله عنه قال : قال رسول الله " صلى الله عليه وسلم " (من رأى منكم منكراً فليغيره بيده ، فإن لم يستطع فبلسانه ، فإن لم يستطع فبقلبه ، وذلك أضعف الإيمان) ^(٣) (٤) بل أننا نجد في تصرفات الرسول ما يحث على ممارسة الرقابة فقد حدث أن كان رسول الله - صلى الله عليه وسلم - يمر في سوق فرأى شخصاً يضع أمامه صبره من طعام يبيع منها للناس فوضع النبي يده فيها فأصابته بللاً ، فطلب من البائع أن يضع ما أصابه البلل في مكان ظاهر حتى يراه الناس وقال (من غشنا فليس منا) ^(٥)

وكان رجل الشرطة أو العساس في الدولة الإسلامية يقوم بوظيفة البحث والتحري والاستدلال لضبط الجرائم ومرتكبيها والقبض على الجناة وتقديمهم للقاضي ، وكان الخليفة أو الولي يعتمد على هؤلاء في حفظ الأمن والقبض على الجناة وذلك من خلال جهازين هما جهاز الحسبه وجهاز المظالم ^(٦)

(1) ROBERT (J. M) , Répertoire Dalloz, Droit Pénal. Vo Police judiciaire , 1969. No, 4

(٢) سورة آل عمران آية رقم (١٠٤)

(٣) محي الدين أبى زكريا يحيى بن شرف النووي الشافعى ، مرجع سابق ، ص ٩٠ .

(٤) للمبارك كפורى، تحفة الأحوذى بشرح للترمذى، المدينة المنورة، ط ٢ ، ١٩٦٥ ، ج ٤ ، ص ٥٤٤ .

(٥) الحسبة إحدى الولايات العامة المنوطة بولى الأمر يتعين عليه القيام بها أو إسنادها إلى من

ينوب عنه فهي منصب دينى من قبيل القضاء وكان يطلق على متولى الحسبة فى مصر اسم المحتسب ويختص بمراقبة أحكام العقيدة والمعاملات المالية والأحكام الخاصة بعلاقة الفرد بالدولة وحقوقه وواجباته ... د/ فخرى عبد الرازق الحدينى : مؤسسات العدالة الجنائية فى

التشريع الإسلامى " سلسلة الدفاع الاجتماعى ، ١٩٨٢ ، ج ٤ ، ص ١٤٣

د / سهام مصطفى أبو زيد : " الحسبة فى مصر الإسلامية " ، الهيئة المصرية العامة للكتاب ، ١٩٨٦ ، ص ٤١ .

أما والى المظالم فهي وظيفة تجمع بين " سطوة السلطنة ونصفة القضاء " وهي ما تعادل النيابة العامة وسلطة الإحالة إلى المحكمة وكان لهذا الوالى البحث والتحري وجمع الاستدلالات وله توجيه الاتهام والاستجواب ... أبو الحسن على بن محمد بن حبيب البصرى البغدادي ، الأحكام السلطانية والولايات المدنية ، دار الكتب العلمية " بيروت " ، ص ٧٣ .

ولقد دعم بعض الفقهاء هذا الدور بقوله " لقد ظن البعض أن الحسبه نظام إسلامي دخل ذمة التاريخ وإحتوته أسفار الماضى فلم يعد له أثر فى العصر الحاضر " وهذا الظن غير صحيح ، فالحسبه مازالت قائمة وإن اختلفت تسميتها ، وتبين شخص متوليها ، ويكفى تدليلا على صحة هذه الحقيقة إلقاء نظره على الاختصاصات الموزعة بين سلطات الدولة ما بين شرطة ، نيابة عامة ، وزارة التموين ، الخ لقد تقاسم هؤلاء جميعاً صلاحيات المحتسب^(١).

(١) د/ عصام زكريا عبد العزيز ، مرجع سابق ، ص ٥٣ - الغزالي : " إحياء علوم الدين " ، مؤسسة الحلبي وشركاه ، ١٩٦٧ ، ج ٢ ، ص ٤٢٨.

المطلب الثاني

المبادئ العامة التي تحكم مرحلة جمع الاستدلالات

تحكم إجراءات الاستدلال المختلفة مبادئ عامة متمثلة في عدم المساس بحريات الأفراد ومشروعية وسائل الاستدلال وسنبحث هذين المبدأين ثم نبين حق المشتبه فيه^(١) في الاستعانة بمحامى خلال هذه المرحلة على النحو التالى .

١٣٦- (أولاً) : خلو أعمال الاستدلال من القهر والإجبار .

تتميز أعمال الاستدلال بتحررها عن القهر والإجبار الذى يفرض على المتهم أو الشهود ذلك أنها فى جوهرها مجرد " جمع معلومات " بأساليب مشروعة ولا تنطوى على خرق للحريات أو مساس بحق ما^(٢) فالقانون حدد وسائل القهر والإجبار وحدد حالات استعمالها وشروط هذا الاستعمال ولم يجعل من ضمن إجراءات الاستدلال ما يتسم بسمة القهر والإجبار^(٣) .

(١) أطلق القضاء المصرى لفظ المتهم على كل شخص كان محلاً لإجراءات الاستدلال أو التحقيق أو المحاكمة فعرفت المحكمة العليا المتهم بأنه هو من وجه اليه الاتهام من أى جهة بارتكاب جريمة معينة فلا مانع قانوناً من ان يعتبر الشخص متهماً أثناء قيام رجال الضبطية القضائية بمهمة جمع الاستدلالات مادامت قد حامت حوله الشبهات بان له ضلعاً فى الجريمة التى يجمع بصدها الاستدلالات.

(نقض ١٩٦٦/١١/٢٨ ، مجموعة أحكام النقض ، س ١٧ ، رقم ٢١٩ ، ص ١١٦١ - نقض ١/٢ ٧٧/ ٢٨ ، رقم ١ ، ص ٥ ، نقض ٨١/٣/١٩ ، س ٣٢ ، رقم ٤٣ ، ص ٢٥٣)

كما عرفت محكمة القضاء الإدارى المشتبه فيه بأنه كل من تحوم حوله شبهات توحى بأنه خطر على الأمن والنظام ... القضية رقم ٨٨٠ لسنة ٦ قضائية بتاريخ ١٩٥٦/٣/١٨ ... مشار اليه د/ أسامة عبد الله قايد ، حقوق وضمانات المشتبه فيه فى مرحلة الاستدلال " دراسة مقارنة " ، مرجع سابق ، ص ٣٦ .

(٢) د/ محمود نجيب حسنى ، مرجع سابق ، ص ٥٢٤ - د/ أسامة عبد الله قايد ، شرح قانون الإجراءات الجنائية ، دار النهضة العربية ، ٢٠٠٣ ، ج ١ ، ص ١٠٤ .

- DEJEAN (Oscar), traité théorique et pratique des expertise , Paris, 3 em édition 1897, No.1116. P. 550.

(3) Vouin (Robert) et leaute (jacques) ; droit pénal et criminologie, Paris , 1956, P. 400.

يبني على ما سبق انه لا يجوز لمأمور الضبط القضائي التعرض لجسم المشتبه فيه رغماً عن إرادته لأن ذلك أمراً ينطوي على قهر وإجبار لا يجوز اللجوء إليه في مرحلة جمع الاستدلالات إلا برضاء من الخاضع له. تطبيقاً لذلك قضى بأنه " من المقرر أن الفصل في قيام المبرر للاستيقاف أو تخلفه وتقرير الصلة بين هذا الإجراء وبين الدليل الذي تستند إليه سلطة الاتهام أياً ما كان نوعه من المسائل الموضوعية التي تفصل فيها محكمة الموضوع بغير معقب. غير أن ذلك مشروطاً بأن تكون قد التزمت الحقائق الثابتة بالأوراق وإذا كان البين مما سبق أن الحكم المطعون فيه استند إلى توافر ظرف الليل في القول بقيام المبرر للاستيقاف... فإنه يكون معيباً بالخطأ في الإسناد^(١) .

كما أنه من المقرر أيضاً أنه لا يضير العدالة إفلات مجرم من العقاب بقدر ما يضرها الافتئات على حريات الناس والقبض عليهم بدون وجه حق^(٢) أما إذا كان الإجراء الذي اتخذه مأمور الضبط خلال مرحلة جمع الاستدلالات لا ينطوي على تعرض لحرية المشتبه فيه الشخصية فإنه يكون صحيحاً وتطبيقاً لهذا أقضى بأنه " توجه الضابط إلى الطاعن وسؤاله في نطاق جمع الاستدلالات لا يتضمن تعرضاً مادياً ولا قبضاً^(٣) .

كما أنه لا يجوز لمأمور الضبط القضائي - في مرحلة الاستدلال - أن يفتش مسكناً إلا برضاء حائزة لأنه من المبادئ المقررة أن للمنازل حرمة فلا يجوز دخولها إلا في الأحوال المبينة في القانون وأن دخولها في غير هذه الأحوال هو أمر

(١) نقض ١٩٦٦/٥/١٦ ، أحكام النقض ، س٣٦ ، رقم ٤٠٥ ، ص٦١٣ - ٨٧/١٢/٢٣ ، ص ٣٨ ، رقم ٣١٠٠ ، ص١١٣١ - ٩٨/١١/١٠ ، س٤٩ ، رقم ١٧٤ ، ص١٢٥١ .

(٢) ن ومن بين النصوص الدستورية العربية التي قررت صراحة " الحق في حرمة المسكن " المواد ٤٤ من الدستور المصري الدائم لعام ١٩٧١ ، والمادة ٢٢/ج من الدستور العراقي ، ٣٦ من الدستور المؤقت لدولة الإمارات العربية المتحدة لعام ١٩٧١ ، والمادة ٣١ من الدستور السوري ، ٤٢ من الدستور اليمني .

نقض ١٩٦٦/٥/١٦ ، أحكام النقض ، س٣٦ ، رقم ٤٠٥ ، ص٦١٣ - ٨٧/١٢/٢٣ ، ص ٣٨ ، رقم ٣١٠٠ ، ص١١٣١ - ٩٨/١١/١٠ ، س٤٩ ، رقم ١٧٤ ، ص١٢٥١ .

(٣) نقض ١٩٩٨/٣/١٠ ، أحكام النقض ، س٤٩ ، رقم ٥٣ ، ص٦٧ .

محظور يقضى بذاته إلى بطلان التفتيش^(١) وقد توسع المشرع العقابي في مدلول كلمة المسكن المشمول بالحماية حيث بسط حمايته تجريباً وعقاباً وإجراءات على كافة الأماكن التي يقيم بها الأفراد ويتخذونها مقراً خاصاً لهم سواء بصفة دائمة أو مؤقتة أو سواء كانوا شاغلين لها بوصفهم ملاكاً أو مستأجرين ، ويأخذ نفس حكم هذه الأماكن من حيث تجريم دخولها بغير إذن شاغلها غير ذلك من الأماكن المتصلة والملحقة بها^(٢).

وتطبيقاً لهذا " أنه من المقرر أن إيجاب إذن النيابة في تفتيش الأماكن مقصور على حالة تفتيش المساكن وما يتبعها من الملحقات لأن القانون إنما أراد حماية المساكن فقط ومن ثم فتفتيش المزارع بدون إذن لا غبار عليه إذا كانت غير متصلة بالمسكن^(٣).

ونستخلص من ذلك أن الإجراءات التي يقوم بها مأمور الضبط القضائي من خلال أعمال الاستدلال تتصف بعدم القهر لأنها لا تعطى للقائمين بها أية سلطة ولا تفرض على المواطنين أي واجب^(٤).

وفي نطاق التشريعات العربية نجد أن بعضها رخص لمأمور الضبط القضائي الاستعانة ببعض إجراءات الاستدلال التي تتطوى على مساس بالحرية

(١) ومن بين النصوص الدستورية العربية التي قررت صراحة " الحق في حرمة المسكن " المواد ٤٤ من الدستور المصري الدائم لعام ١٩٧١ ، والمادة ٢٢/ج من الدستور العراقي ، ٣٦ من الدستور المؤقت لدولة الإمارات العربية المتحدة لعام ١٩٧١ ، والمادة ٣١ من الدستور السوري ، ٤٢ من الدستور اليمني.

(٢) انظر في تحديد مدلول " المسكن " محل الحماية الجنائية كلا من د... / محمود محمود مصطفى ، شرح قانون العقوبات " القسم الخاص " ، مرجع سابق ، ص ٤٨٩ .
- د/ رؤف عبيد ، مبادئ الإجراءات الجنائية في القانون المصري ، دار الجيل للطباعة ، ط ١٣ ١٩٧٩ ، ص ٣٢٥ - د/ عمرو إبراهيم الوقاد ، الحماية الجنائية للحقوق المادية للإنسان ، مجلة روح القوانين ، بدون سنة ، ١٩٩٤ ، ع ١٠٤ ، ص ٧٠ .

(٣) نقض ٨٣/١١/١٠ ، أحكام النقض ، ص ٣٤ ، رقم ٢١٧٤ ، ص ٩٤٠ - ١٩٨٥/٦/٢ ، ص ٣٦ ، رقم ١٣٤٧ ، ص ٤٦٢ .

(٤) نقض ١٩٣٧/١٠/٢٥ ، مجموعة القواعد القانونية ، ج ٤ ، رقم ١٠٣ ، ص ٨٨ - د... / إبراهيم حامد طنطاوي ، التحقيق الجنائي من الناحيتين النظرية والعلمية ، دار النهضة العربية ، ط ١ ، ١٩٩٩ ، ص ٦١ .

الشخصية . القانون الجزائري والمغربي حيث أجاز مباشرة التحفظ الشرطي في مرحلة جمع الاستدلالات (٦٥ أ. ج جزائري ، ٨٢ أ. ج مغربي)^(١) .

وفي فرنسا : لم يتم تنظيم مرحلة جمع الاستدلالات في تحقيق الجنايات الفرنسي الملغى إلا أنه من المستقر هو مجرد إجراءات الاستدلال من عنصر الإيجاب غير أنه في بعض الحالات فإن المصلحة تقتضي منح مأموري الضبط القضائي بعض الإجراءات التي قد تنال من الحرية الشخصية للمشتبه فيه وتطبيقاً لهذا أجاز المشرع الفرنسي للشرطة القضائية وضع الشهود والمشتبه فيهم تحت التحفظ الشرطي خلال مرحلة التحقيق الأولى^(٢) . ألا أنه في ظل قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي المعدل بقانون ١٥ يونيو سنة ٢٠٠٠ لم يعد من الجائز اللجوء للاحتجاز في مواجهة الشهود الحقيقيين "Témoins réels" أي في مواجهة الأشخاص الذين لا توجد أية شبهات على تورطهم^(٣) كما ليس لمأمور الضبط القضائي عند مباشرة التحقيق الاستدلال أن يلجأ إلى وسائل تتطوى على مساس بالحرية الشخصية للمشتبه فيه رغماً عنه فليس له مثلاً تفتيش مسكن المشتبه فيه في غير الحالات التي حددها القانون ما لم يكن ذلك برضائه^(٤) .

وبالنسبة للشريعة الإسلامية فقد جاء المبدأ العام للتجريم والعقاب على حالات المساس بالحرية الشخصية والحق في الحياة متمثلاً في الحديث النبوي الشريف عن رسول الله - صلى الله عليه وسلم إنه قال " كل المسلم على المسلم حرام دمه وعرضه وماله " وهو ما يصدر انعكاساته بصورة دامغة في ميدان العقاب على الانتهاكات لحرمة الحياة الخاصة والحرية الشخصية للناس ممثلة في الاعتراف بمشروعية القصاص " بشأن كل من أعمال التعذيب والاعتداء الجسماني والمعاملة غير الإنسانية الناتج عنها فقد الحياة بالقتل أو الإيذاء البدني بأحداث الجروح جزاء وفاقاً لها .

ولا تكتفي الشريعة الإسلامية بتقرير الحق في الحرية الشخصية بل تقرر

(١) د/ إبراهيم حامد طنطاوي ، سلطان مأمور الضبط القضائي ، مرجع سابق ، ص ٢٢١ .

(2) Besson (Antonen), La Police Judiciaire et la cadre de procédure pénale, D. 1958.
Chron. 137, No. 48.

(٣) د/ محمود كبش ، مرجع سابق ، ص ٦٢ .

(4) Cass Crim, 12 Mai 1923, D. 1924, 1.174.

ايضا الحق فى حرمة المسكن وهذا ثابت فى قوله تعالى (يا أيها الذين آمنوا لا تدخلوا بيوتا غير بيوتكم حتى تستأنسوا وتسلموا على أهلها ذلكم خير لكم لعلكم تذكرون ، فإن لم تجدوا فيها أحداً فلا تدخلوها حتى يؤذن لكم ، وإن قيل لكم ارجعوا فارجعوا هو أزكى لكم والله بما تعملون عليم)^(١).

ومن الأحاديث النبوية الشريفة فى هذا الصدد ما رواه أنس بن مالك رضى الله عنه من أن أعرابيا أتى باب النبى - صلى الله عليه وسلم - فجعل عينيه على ثقب الباب وأخذ يتلصص فرآه النبى فأخذ عودا مدبب الرأس فدفع به من خلال ثقب الباب تجاه عين الرجل فأحس به وانكفاً بسرعة حتى أخطأ العود عينه ، ثم قال عليه الصلاة والسلام " لو أعلم أنك تنتظر لطحنت بها فى عينيك ، إنما جعل الإنز من أجل النظر " ^(٢).

١٣٧- (ثانياً) : تقييد مأمور الضبط بالشرعية الإجرائية :

خول القانون مأمورى الضبط القضائى سلطة اتخاذ إجراءات معينة بقصد تمكينهم من أداء وظائفهم فى الاستدلال فأجاز لهم سماع الشهود وسؤال المتهم

(١) الأيتان ٢٧ ، ٢٨ من سورة النور ، ويستثنى من شرط الأذن حالات ثلاثة هى وجود ضرورة او معصية ظاهرة أو للقبض على مجرم فار يخشى إفلاته او هربه ، فيمكن فى هذه الحالات دخول المسكن دون إذن مسبق من صاحبه أو أهله ... د / ممدوح خليل بحر ، حماية الحياة الخاصة فى القانون الجنائى " دراسة مقارنة " ، دار النهضة العربية ، ١٩٨٣ ، ص ٥٢ محمد بدر المنياوى ، الإطار العام لمعالجة حقوق الإنسان فى نطاق الدعوى الجنائية ، المجلة الجنائية القومية ، س ٤٠ ، ١٩٩٧ ، ع ١ ، ٢ ، ٣ ، ص ٣١.

(٢) أبو عبد الله محمد ابن إسماعيل بن إبراهيم ، صحيح البخارى ، كتاب الاستئذان ، باب من أطلع فى بيت قوم بغير إذنهم ، مطبعة مصطفى الحلبي ، ١٩٧٣ ، ج ١٠ ، ص ١٣ - النووى ، كتاب رياض الصالحين ، باب الاستئذان ، وآدابه ، ص ٢٩١ .

هذا وحظر الإسلام التجسس والتلصص على البيوت لتتبع عورات الناس وأسرارهم لما فيه من انتهاك لحرمتهم وحرمتهم فيقول الله سبحانه وتعالى (ولا تجسسوا ولا يغتب بعضكم بعضاً) - سورة الحجرات الآية ١٣ فهذه الآية تقيم سياجا للمجتمع الفاضل الذى تحترم فيه الحريات وحرمات الأشخاص لكى يعيش الناس فى المجتمع الإسلامى آمنين على أنفسهم آمنين على بيوتهم وأسرارهم وعوراتهم ... د / حامد عبد الحكيم محمود راشد ، الحماية الجنائية للحق فى حرمة المسكن " رسالة دكتوراه " ، حقوق القاهرة ، ١٩٨٧ ، ص ٤٧ .

د / حسام الدين محمد احمد ، الأذن بالتفتيش والضبط " دراسة مقارنة " ، دار النهضة العربية ، ط ٣ ، ٢٠٠٣ ، ص ١٧ .

والاستعانة بأراء الخبراء وإجراء المعاينات. غير أن النص على هذه الإجراءات لم يرد على سبيل الحصر وإنما خصها المشرع بالذكر بالنظر إلى كونها من إجراءات الاستدلال المألوفة. ولهذا يكون لمأمور الضبط أن يتخذ أى إجراء آخر يراه مجدياً فى كشف الجريمة وجمع المعلومات عنها بشرط أن يكون هذا الإجراء مشروعاً فى ذاته أى غير منطوق على مخالفة للقانون أو منافية للأدب العامة^(١).

ومن الوسائل المشروعة التى يجوز لمأمورو الضبط القضائي الاستعانة بها التخفى وانتحال الصفات حتى يأنس الجانى لهم ويأمن جانبهم^(٢).

ويعد من قبيل الوسائل غير المشروعة التحريض على ارتكاب الجريمة حيث أن وظيفة الشرطة هى منع وقوع الجرائم ابتداء ثم كشفها بعد وقوعها فيتتافى مع واجبها التحريض على وقوع الجرائم وإلا لأضحى مأمور الضبط المحرض أحد المساهمين فى ارتكاب الجريمة^(٣) تطبيقاً لذلك ذهب محكمة النقض بأن " مهمة الشرطة الكشف عن الجرائم والتوصل إلى معاقبة مرتكبيها فكل إجراء يقوم به رجالها فى هذا السبيل يعد صحيحاً طالما أنهم لم يتدخلوا فى خلق الجريمة بطريق الغش والخداع أو التحريض على مقارفتها "^(٤). على أن التحريض يكون مشروعاً إذا لم يكن سبباً لوقوع الجريمة وإنما مجرد وسيلة للكشف عنها كما إذا تقدم مأمور الضبط القضائي إلى شخص يحوز عملة أجنبية مزيفة بقصد ترويجها وطلب منه أن يبيعه كمية منها قاصداً بذلك اكتشاف حيازته لهذه العملة . وعلى هذا الأساس قضى بأنه متى كان الظاهر أن المتهم كان متصلاً بالمخدرات التى اتهم بالاتجار فيها وضالماً فى إحرازها مع زملائه من قبل أن يتحدث معه فى شأنها مرشد البوليس ، فإنه لا يكون ثمة وجه لما يدعيه المتهم من أن هذا المرشد هو الذى حرضه على

(١) د/ عمر السعيد رمضان ، قانون الإجراءات الجنائية ، دار النهضة العربية ، بدون تاريخ ، جـ ١ ، ص ٢٨٣ - د/ رمسيس بهنام ، الاتجاه الحديث فى نظرية الفاعل والفعل والمسئولية ، مجلة كلية الحقوق ، ١٩٥٩ ، ع ٣ ، ص ١٠٤ .

(٢) نقض ٦٩/٣/١٧ ، أحكام النقض ، س ٢٠ ، رقم ٧٣ ، ص ٣٣٥ ، - نقض ١٩٧٠/٣/٢ ، س ٢١ ، رقم ٨٣ ، ص ٣٣٤ - نقض ٩٨/٢/٢٤ ، س ٣١ ، رقم ١٠٦٨ ، ص ٢٦٢ .

(٣) د/ رمسيس بهنام ، الإجراءات الجنائية تأصيلاً وتحليلاً ، منشأة المعارف الإسكندرية ، ١٩٧٨ ، جـ ٢ ، ص ٣١ - د/ محمد أبو العلا عقيدة ، شرح قانون الإجراءات ، دار النهضة العربية ، ط ٢ ، ٢٠٠١ ، ص ٣٤١ .

(٤) نقض ١٩٧٦/٥/٢٣ ، أحكام النقض ، س ٢٧ ، رقم ١١٢ ، ص ٥٢٧ - نقض ١٠/١٥ / ١٩٨٦ ، س ٣٧ ، رقم ١٤٧ ، ص ٧٦٩ .

ارتكاب الجريمة إذ تظاهر المرشد بأنه يريد شراء المخدرات من المتهم وتوصله بهذه الطريقة إلى كشف الجريمة ذلك لا يمكن عده تحريضاً على ارتكابها ولا يصح عده سبباً لبطلان إجراءات التحقيق مادام قبول المتهم بيع المخدر لم يكن ملحوظاً فيه صفة المرشد وكان يحصل لو أن عرض الشراء كان من غير رجال البوليس^(١). وخاتمة القول ، يتبين أن إجراءات الاستدلال لا تمس الأشخاص في حرياتهم وأن القوانين لم تقر لمأمور الضبط حال مباشرته لها سلطة الإكراه والقهر ولم تحط إجراءات الاستدلال في الوقت ذاته بالضمانات والشكليات التي تطلبها في إجراءات التحقيق بل سكتت عن النص عليها الأمر الذي يستوجب تدخل تشريعي أكثر تفصيلاً لتنظيم مثل هذه الإجراءات وما يهمنا بحثه في هذا المجال هو حق استعانة المتهم بمحامى في هذه المرحلة على نحو ما سيأتى.

١٣٨. حضور المرافع في مرحلة الاستدلال :

تباينت الآراء والتشريعات حول حق المتهم فى الاستعانة بمحام أثناء مرحلة الاستدلالات بين مؤيد ومعارض ، وبين تشريع يؤكد وتشريع يمنع وآخر يسكت عن ذلك. فما يعتبره المعارضون أن مرحلة الاستدلالات ليست إجراء تحقيق وليست مرحلة من مراحل الدعوى حتى يمكن الاستعانة بمحام^(٢) بينما يعتبر المؤيدون أن ذلك حقاً من حقوق الإنسان لا يجب أن نغفله لما لهذه المرحلة من دور هام فى الشرارة الأولى للدعوى الجنائية التى قد تؤدى بمتهم برئ إلى غياهب السجن^(٣).

ودراسة مدى الإستعانة بمدافع من عدمه خلال هذه المرحلة تقتضى أن

(١) نقض ١٩٤٤/١١/٢٠ ، مجموعة القواعد القانونية ، جـ ٦ ، رقم ٣٩٩ ، ص ٥٣٤ - نقض ١٩٤٨/١٠/١٨ ، جـ ٧ ، رقم ٦٥٨ ، ص ١٢٩ - وتعد إجراءات الاستدلال غير مشروعة إذا استهدف القائم عليها تحقيق غرض آخر غير ما حدده القانون لها وتطبيقاً لهذا قضى بان " بحث الضابط عن سلاح مع المتهم ... عند تفتيشه له تفتيشاً وقائياً أو عن أشياء قد تساعد على الهرب أن يقوم بالبحث عن ذلك داخل عليه ثياب ...
... الأمر الذى يكون معه الدفع ببطلان التفتيش سديداً ... نقض ١٩٨٧/١٢/٢٤ ، أحكام النقض ، س ٣٨ ، رقم ٣٢٠٠ ، ص ١١٣٩ .

(٢) لم يتطلب القانون أن يحضر الى جانب المتهم - فى مرحلة الاستدلال - المدافع عنه فالمادة (٧٧ أ. ج) يقتصر نطاقها على التحقيق الابتدائى ومن ثم لا سريان لها على مرحلة الاستدلال ... من انصار هذا الاتجاه د / محمود نجيب حسنى ، مرجع سابق ، ص ٥٢٥ .

(٣) د / حاتم بكار ، حماية حق المتهم فى محاكمة عادلة ، منشئة المعارف بالإسكندرية ، بدون تاريخ ، ص ٢٤٨ .

نتعرض لموقف الدساتير وقوانين الإجراءات الجنائية والشريعة الإسلامية على النحو التالي.

وقد نادت العديد من الحلقات الدراسية بضرورة استعانة المشتبه فيه بمحام في جميع مراحل الدعوى الجنائية ابتداء من لحظة استدعائه لسماع أقواله^(١) وأوصى بذلك مؤتمر الجمعية الدولية لقانون العقوبات الذي عقد في مدينة هامبورج سنة ١٩٨١ وكذلك مؤتمر الأمم المتحدة الخامس الخاص بمنع الجريمة ومعاملة المذنبين^(٢).

وبالنسبة للدساتير نصت م ٦٩ من الدستور المصري لعام ١٩٧١ على أن " حق الدفاع أصالة أو بالوكالة مكفول ".....وفقا لهذا النص فإن الدستور يقرر حق الدفاع للشخص أيما كانت صفته في الواقعة سواء بنفسه أو عن طريق وكيل^(٣) كما تنص م ٧١ من نفس الدستور على أن : يبلغ كل من يقبض عليه أو يعتقل بأسباب القبض عليه ، أو اعتقاله فورا ، ويكون له حق الاتصال بمن يرى إبلاغه بما وقع ، أو الاستعانة به على الوجه الذي ينظمه القانون ويجب إعلانه على وجه السرعة بالتهمة الموجهة إليه " نستنتج من هذا النص أن الدستور يخول كل من يقبض عليه أو يعتقل حق الاتصال أو الاستعانة بمحام^(٤) وتنص المادة - ٣٤ من الدستور الياباني الصادر في ١٩٤٦ والتي قضت " بعدم جواز القبض على شخص أو احتجازه دون إبلاغه بحقه في الاستعانة بمحام في الحال " كذلك المادة ٢٢ فقرة أولى من الدستور الهندي الصادر في عام ١٩٤٩ التي قررت عدم جواز حرمان المقبوض عليه من حق اختيار محام لاستشارته والدفاع عنه^(٥) .

(١) رؤوف عبّيد، المشكلات العلمية الهامة في الإجراءات الجنائية، دار الفكر العربي، ط٣، ذ ٩٨٠، ج٢، ص ٥٢٩.

(٢) راجع التقرير المقدم بعنوان " التشريع الجنائي والإجراءات القضائية والأشكال الأخرى للضبط الاجتماعي في مجال منع الجريمة ، المجلة العربية للدفاع الاجتماعي ، ٧٤ ، ص ٥٥ - د/ إبراهيم حامد مرسى ، مرجع سابق ، ص ٢٣٥.

(٣) د/ أمال عبد الرحيم عثمان ، شرح قانون الإجراءات الجنائية ، مطابع الهيئة المصرية العامة، ١٩٩٠ ، ص ٥٤٣.

(٤) د / أحمد ماهر زغلول ، الدفاع المعاون ، مكتبة سيد عبد الله ، ١٩٨٦ ، ج١ ، ص ٤.

(٥) د / إبراهيم حامد مرسى ، مرجع سابق ، ص ٢٣٦.

وفى نطاق قوانين الإجراءات الجنائية نصت المادة ٧٧ على أن " للنيابة العامة والمتهم والمجنى عليه والمدعى بالحقوق المدنية والمسئول عنها ولوكلائهم أن يحضروا جميع إجراءات التحقيق ... " فى ضوء هذه المادة فقد خول المشرع للخصوم الحق دائما فى استصحاب وكلائهم فى التحقيق ما لم تستدع الضرورة . عكس ذلك . وفى حالة الاستعجال إذا عرف المحامى موعد ومكان الإجراءات جاز له الحضور دون أن يجوز للمحقق منعه من الحضور استناداً إلى حالة الاستعجال . وهذا النص يتعلق بالتحقيق الابتدائى دون مرحلة جمع الاستدلالات ^(١) .

وإلى هذا يتجه الرأى السائد فى الفقه الفرنسى ^(٢) . وينتقد البعض من الفقهاء المصريين هذا الاتجاه استناداً إلى أنه يتنافى مع المبادئ الأساسية للإجراءات الجنائية التى تقسح المجال للاستعانة بمحام فى مرحلة التحقيق ، فحكمها ينسحب

(١) د / محمود أحمد طه ، حق الاستعانة بمحام أثناء تحقيقات الشرطة القضائية ، دار النهضة العربية ، ط ٢ ، ١٩٩٩ ، ص ٤٦ .

(2) Merle (Rogre); La rôle de La défense , en procedure pénale compare , Rev. Sc.

Crim, 1970 , p. 3

- Stefani (G). Levasseur (G) et Bouloc, procédure Pénale , Dalloz , 18 éd. 2001, No 412, P. 373.

كما قضت محكمة النقض ببطلان الاستجواب الذى اجراه قاضى التحقيق فى غير حضور محامى المتهم رغم طلب المتهم حضور المحامى معه واستندت فى ذلك الى وجود حالة استعجال الأمر الذى يجعله مشروعاً .

- Cass Crim, 12-3-1973, D, 1973 – 3. 38, note, P.E

- Cass Crim, 27-4-1899., S, 1900 . 1. 425, note – R oux.

- إلا أن هذا الأمر غير مطبق فى بعض الدول الأجنبية مثل ألمانيا والولايات المتحدة الأمريكية حيث يعطى للمحامى الحق فى الحضور مع المتهم خلال مرحلة جمع الاستدلالات وحقه فى الدفاع عنه وإيداء ما يشاء من اعتراضات .

- VROOM Cynthia , La Liberté individuelle au stade de l' enquête de police en France et Etats – units, Rev. Sc. Crim. 198. P. 487.

- إلا أنه أخيراً وأعمالاً لنص المادة ٦٣-٤ إجراءات فرنسى والمعدل بقانون ٤ يناير ١٩٩٣ أصبح تدخل المحامى يبدأ من مرحلة جمع الاستدلالات ومن الممكن للمتهم أن يعين محامى أو أن يطلب من مكتب نقيب المحامين أن يعين له محامى والمحامى المعين من الممكن أن يجتمع مع المحتجز – (المادة ٦٣-٤ البند الثالث) خلال مدة محددة لا تتجاوز ٣٠ دقيقة (المادة ٦٣-٤ البند الرابع)

- Stefani, levasseur, et Bouloc, OP. Cit, No 422. P. 383.

كذلك على مرحلة جمع الاستدلالات لأن التحقيق بمعناه الواسع يشمل هذه المرحلة واستناداً كذلك إلى أن هذه المادة ينسحب حكمها من باب أولى على مرحلة جمع الاستدلالات^(١).

كما نصت المادة ١٢٤ أ. ج على أنه " في غير حالة التلبس ، وحالة السرعة بسبب الخوف من ضياع الأدلة لا يجوز للمحقق في الجنايات أن يستجوب المتهم أو يواجهه بغيره من المتهمين أو الشهود إلا بعد دعوته محاميه للحضور إن وجد " يتعلق هذا النص بإجراء استجواب المتهم دون غيره ، ويوجب على النيابة تمكين المتهم من هذا الحق في الجنايات دون غيرها من الجرائم الأخرى . وذلك ما لم تستدع الضرورة غير ذلك وكذلك في حالة التلبس^(٢) ولا يتعلق هذا النص بأعمال الشرطة القضائية لأنه لا يجوز لها استجواب المتهم إلا في حالة الضرورة فقط. وهو ما استثناه المشرع من وجوب السماح للمتهم باصطحاب محام معه.

ويرى بعض الفقه أن هذه الضمانة لا تعد كونها ضمانة شكلية نظراً لتعذر توافر الشروط الثلاثة التي وضعها المشرع كي يمكن المتهم من اصطحاب محام معه في التحقيق^(٣)

وقد أرست المادة ١٢٥ أ. ج مبدأ قانونياً هاماً يتعلق بعدم جواز الفصل بين المتهم ومحاميه ... وفي جميع الأحوال لا يجوز الفصل بين المتهم ومحاميه الحاضر معه أثناء التحقيق " وبموجب هذه المادة لا يجوز للمحقق أن يحول دون

(١) د/ رءوف عبّيد ، مبادئ الإجراءات الجنائية ، دار الجيل للطباعة ، ط١٦ ، ١٩٨٥ ، ص ٣٠٩ - د/ عبد الرءوف المهدي ، القواعد العامة للإجراءات الجنائية ، دار النهضة العربية ، ١٩٩٩ ، ج١ ، ص ٢١٣.

(٢) د/ حسن صادق المرصفاوي ، أصول الإجراءات الجنائية ، منشأة المعارف ، ١٩٨٢ ، ص ٣٤٦.

(٣) ويذهب رأى بوجوب دعوة المحامي لحضور الاستجواب في الجنح أيضاً خاصة أن بعض الجنح تكون من الأهمية من حيث قوتها ويستندون في ذلك إلى أن المادة ١٢٤ أ. ج قبل تعديلها كانت تمنح المتهم هذا الحق في الجنح أيضاً بجانب الجنايات د/ محمود احمد طه ، مرجع سابق ، ص ٤٧.

حضور محامى المتهم أمامه^(١) وهذا الإلزام لا يعنى منع جواز حضور محامى المتهم فى مرحلة الاستدلال .

وبالنسبة للشريعة الإسلامية فإن مبدأ حق المتهم فى الاستعانة بمدافع كان قائماً قبل ظهور الإسلام كما أن الشريعة الإسلامية أقرت هذا الحق فى واقعة قبل الإسلام أتى بها القرآن الكريم فى قوله تعالى على لسان موسى عليه السلام (قال رب إني قتلت منهم نفساً فأخاف أن يقتلون * وأخى هارون هو أفصح مني لساناً فأرسله معي ردءاً يصدقني إني أخاف أن يكذبون * قال سنشد عضدك بأخيك ونجعل لكما سلطاناً فلا يصلور، إليكما بآياتنا أنتما ومن اتبعكما الغالبون)^(٢) .

فتدل هذه الآيات الكريمات على أن للإنسان أن يستعين بمن يراه فى اتهام موجه إليه ليكون أوضح وأبلغ فى الدفاع عنه.

كما أقرت الشريعة الإسلامية فكرة الوكالة ويستفاد ذلك من قوله تعالى (فابعثوا أحدكم بورقكم هذه إلى المدينة فلينظر أيها أزكى طعاماً فليأتكم برزق منه وليتلطف ولا يشعرن بكم أحداً)^(٣).

وقوله تعالى (... فابعثوا حكماً من أهله وحكماً من أهلها إن يريدوا إصلاحاً يوفق الله بينهما...)^(٤) .

وفكرة الوكالة فى الشريعة الإسلامية جائزة فى الدعوى المدنية وقد خلت

(١) حيث لا توجد مصلحة ما فى فصل الوكيل عن الموكل فى إجراء من الإجراءات فقد يفهم منع المتهم من حضور التحقيق كيلا يؤثر فى سيره ولكن أى حكمة تدعو إلى منع المحامى من حضور الاستجواب وكيف يتصور تأثيره فى مجرى الاستجواب وهو على صلة بالمتهم ويستطيع الاتصال به ولو كان مسجوناً أن يرتب معه قبل الاستجواب الإجابات التى يدلى بها د/ محمود محمود مصطفى ، سرية التحقيقات الجنائية وحقوق الدفاع ، مجلة القانون والاقتصاد ، س ١٧ ، ١٩٤٧ ، ١٤ ، ص ٢٤ .

(٢) سورة القصص ، الآيات (٣٣ - ٣٥)

(٣) سورة الكهف ... آية رقم (١٩) ... قال ابن العربى * هذا يدل على صحة الوكالة ، وهو عقد نيابة أذن الله فيه للحاجة إليه وقيام المصلحة به إذ يعجز كل أحد عن تناول أموره إلا بمعونة من غيره ، فيستتيب من يريحه فى الآية دليل واضح على صحة الوكالة عبد العزيز حمد آل مبارك الأجاسى ، مرجع سابق ، ص ٦٤ .

(٤) سورة النساء آية رقم (٣٥)

كتب الفقه عن جواز أن يوكل المتهم غيره في الدعوى الجنائية إلا أن البعض يرى جواز أن يوكل المتهم غيره في الدعوى الجنائية استناداً إلى واقعة اتهام أحد بارتكاب جريمة الزنا مع زوجة مخدومه في عهد الرسول - صلى الله عليه وسلم - فوكل رجلاً فقيهاً حسن النطق يشرح لرسول الله - صلى الله عليه وسلم - تفاصيل الواقعة ويقول هذا الرأي فلو كانت الوكالة لا تجوز لما سمح بها رسول الله - صلى الله عليه وسلم - وهو في معرض الفصل في حد من حدود الله^(١).

وقد وضع الفقهاء ضابطاً لما تجوز فيه الوكالة ، فقالوا : كل عقد جاز أن يعقده الإنسان لنفسه ، جاز أن يوكل به غيره أما ما لا تجوز فيه الوكالة فكل عمل لا تدخله انبيابة مثل الصلاة والحلف والطهارة^(٢).

١٣٩- رأينا في الموضوع:

إذا كانت قرينة البراءة تعني أن المتهم بريء إلى أن تثبت إدانته فإن المشتبه فيه (وهو كل من تحوم حوله شبهات) يجب أن يعامل في مرحلة الاستدلال كأى مواطن طالما أن القانون لا يمنع المواطن من الاستعانة بمحام فانه يجب أن يسمح للمشتبه فيه بالاتصال بمحاميه والاستعانة به عند الحاجة . خاصة وأن مأموري الضبط القضائي لن يعود عليهم ضرر من السماح لمحامى المشتبه فيه بحضور هذه

(١) د/ عصام زكريا عبد العزيز ، مرجع سابق ، ص ٢٣٢ والوكالة لا تصح إلا إذا استكملت شروطها وهذه الشروط منها أولاً : شروط الموكل :- ويشترط في الموكل أن يكون مالكاً للتصرف فيما يوكل فيه فإن لم يكن مالكاً للتصرف فلا يصح توكيله ، كالمجنون ، والصبي غير المميز.

ثانياً : شروط الوكيل :- ويشترط في الوكيل أن يكون عاقلاً ، فلو كان مجنوناً أو معتوهاً أو صبيّاً غير مميز فانه لا يصح توكيله.

ثالثاً : شروط الموكل فيه :- ويشترط في الموكل فيه أن يكون معلوماً للوكيل ويجرى ذلك في كل العقود التي يجوز للإنسان أن يعقدها لنفسه ، كالبيع والشراء ، وإثبات الدين ، والخصومة و ... وروى البخاري عن أبي هريرة ، قال : كان لرجل على النبي - صلى الله عليه وسلم - سن من الإبل ، فجاء يتقاضاه فقال : " أعطوه " . فطلبوا له سنة فلم يجدوا إلا سناً فوقها . فقال : " أعطوه " فقال أوفيتني أوفى الله لك . قال النبي - صلى الله عليه وسلم - " أن خيركم أحسنكم قضاء " ... السيد سابق ، مرجع سابق ، ص ١٢٧.

(٢) د / حسن محمد علوب ، استعانة المتهم بمحام في القانون المقارن ، رسالة دكتوراه ، " حقوق القاهرة " ، ١٩٧٠ ، ص ٤٧.

الإجراءات إذ يجب على مأموري الضبط أن ينظر إلى المشتبه فيه في إطار الضمانات الدستورية المقررة خاصة وأن قانون الإجراءات قد خلا مما يخالف هذا بنص صريح بل أنه أرسى في المادة ١٢٥ أ. ج مبدأ قانونياً هاماً يتعلق بعدم جواز الفصل بين المتهم ومحاميه الحاضر معه أثناء التحقيق حيث لا يمكن القطع بأن المشرع أراد قصر هذه القاعدة على التحقيق بمعناه الضيق وأن المعنى الواسع لها يتمشى مع مصلحة المتهم لأنه وإن كان من ضمانات العدالة حضور محامى مع المتهم أمام سلطة التحقيق الابتدائي فإن ذلك يكون من باب أولى أمام الشرطة القضائية وإذا كانت الإجراءات اللاحقة على الاستدلال تخضع لإطار من الشرعية الجنائية فإن مرحلة الاستدلال يجب أن تخضع بدورها وبقيود أكثر لهذه الشرعية ولا أقل من محام مع المشتبه فيه يراقب الى جانب سلطة التحقيق ضمان تطبيق الشرعية مع الأخذ بعين الاعتبار ما ينص عليه المادة (٢/٥٢) من قانون المحاماه ١٧ لسنة ١٩٨٣ والمعدل بالقانون رقم ١٠ لسنة ٢٠٠٠ "على المحاكم والنيابات ودوائر الشرطة ومأموريات الشهر العقارى وغيرها من الجهات التى يمارس المحامى مهمته أمامها أن تقدم له التسهيلات التى يقتضيها القيام بواجبه " ويضاف إلى ما سبق أن لهذه المرحلة خطورتها باعتبار انه يمكن رفع الدعوى فى مواد الجنح والمخالفات بناء على محضر جمع الاستدلالات مما يتعين معه السماح للمحامى بالحضور^(١) .

كما أن ذلك لا يتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية على نحو ما أوضحنا سابقاً.

(١) وقد ذهبت محكمة النقض فى حكم لها إلى غير ذلك قد قضت بأن " ما يقوله المتهم بشأن بطلان محضر جمع الاستدلالات بسبب أن البوايس منع محاميه من الحضور لا يستند إلى أساس من القانون " .

نقض ١٩٦١/٥/١ ، أحكام النقض ، س ١٢ ، رقم ٩٥ ، ص ٥١٣

المطلب الثالث

الأهمية القانونية لمرحلة جمع الاستدلالات

١٤٠- التحرى عن الجرائم وكشفها :

عهد القانون إلى مأمورى الضبط القضائى بمهمة جمع الاستدلالات ولكنه لم يخولهم سلطة التصرف فى التهمة بناء على هذه الاستدلالات وإنما أوجب عليهم إرسال المحاضر والأوراق والأشياء المضبوطة إلى النيابة العامة . (م ٢٤ أ. ج) . وبعدئذ يكون للنّياية أن تشرع فى التحقيق . إن لم تكن قد بدأت من قبل - أو تطلب نذب قاض لمباشرته أو أكانت الجريمة جنائية أو جنحة (٦٣ أ. ح الفقرتان ٣ ، ٤ معدلتان بق ٣٧ لسنة ١٩٧٢ ، ثم عدلت الفقرة الرابعة بالقانون رقم ١٧٤ لسنة ١٩٩٨) كما يكون لها أن تتصرف فى التهمة بغير تحقيق اكتفاء منها بمحاضر جمع الاستدلالات إذا كانت الجريمة جنحة أو مخالفة . ولهذا التصرف صورتان هما إما إحالة الدعوى إلى المحكمة وإما الأمر بحفظ الأوراق (١) .

ومن هنا تظهر أهمية هذه المرحلة من الدور الذى تقوم به فى التحرى عن الجرائم وكشفها وغالباً ما يكون القائمين بها (من مأمورى الضبط القضائى) من

(1) Merle et vitu, op. Cit., No. P. 1033.

- عمر السعيد ، مرجع سابق ، ص ١٨٧ - د/ محمد زكى أبو عامر ، الإجراءات الجنائية ، دار المطبوعات الجامعية ، ١٩٨٤ ، ص ١٥٤ .

يتجاذب التشريعات الجنائية المختلفة بشأن سلطة النيابة العامة فى الملاحقة الجنائية مبدآن أساسيان هما : المبدأ القانونى والمبدأ التقديرى :- فالمبدأ الأول يفرض على النيابة العامة أن ترفع الدعوى على كل جريمة علمت بها وقد أخذ به كل من التشريع الالماني والاسباني واليوناني . أما المبدأ الثانى فيعطى للنّياية حرية تقدير ملائمة رفع الدعوى أو حفظ الأوراق . وقد أخذ به كل من التشريع المصرى والفرنسى والهولندى وعلى الرغم مما يبدو من بعد شقه الخلاف بين هذين النظامين فإن التشريعات التى أخذت بهما قد تقاربت فيما بينهما حيث ادخل كل منهما على النظام الذى تبناه التعديلات التى تدرأ عيوبه ... د/ فوزية عبد الستار ، مرجع سابق ، ص ٢٥٢ .

د / محمد زكى أبو عامر ، الاثبات فى المواد الجنائية ، العتية للطباعة والنشر ، ١٩٨٥ ، ص ١١٦ .

غير أعضاء النيابة العامة فهم أول من يتلقون نبأ الجريمة فيتاح لهم جمع المعلومات المتعلقة بها وهذا ما ذهبت إليه محكمة النقض المصرية حيث قررت " بأن للمحكمة أن تعول في تكوين عقيدتها على ما جاء بتحريات الشرطة بإعتبارها معززة لما ساقته من أدلة ولها في سبيل ذلك أن تجزئ هذه التحريات فتأخذ منها ما تطمئن إليه مما تراه مطابقاً للحقيقة وتطرح ما عداه " (١) .

وإجراءات الاستدلال التي تجمع في محضر بمعرفة مأموري الضبط القضائي ذات أهمية بالغة ، فكثير من التشريعات لم توجب القيام بتحقيق ابتدائي بمعناه الضيق في جميع الجرائم فقتانون الإجراءات الجنائية المصري يتطلب أن يكون هذا التحقيق وجوبياً في الجنايات وجوازياً في الجنح والمخالفات حيث يتم التصرف في المخالفات والجنح بناء على محضر جمع الاستدلالات (٢) بل أن بعض القوانين أجاز لمأمور الضبط القضائي تحريك الدعوى الجنائية مباشرة وبناء على محضر الاستدلال (٣) ومع هذه الأهمية فليس في قوانين الإجراءات الجنائية ما يوجب القيام بإجراءات الاستدلال قبل البدء في التحقيق أي أنها ليست ضرورة قانونية مع أنها ضرورة عملية يفرضها الواقع وترد على هذه القاعدة بعض الاستثناءات ذلك أن بعض أعمال التحقيق لا يكون صحيحاً إلا إذا سبقته استدالات فلا يجوز التفتيش

(١) نقض ١٩٧٧/٢/١٤ ، أحكام النقض ، س ٢٨ ، رقم ٩٥٥ ، ص ٢٤٠ - نقض ١٩٨٠/١٠/٩ ، س ٣١ ، رقم ٤١٢ ، ص ٧٤٢ - نقض ١٩٨١/٤/١٩ ، س ٣٢ ، رقم ٢٦٠٤ ، ص ٣٦٦ - نقض ١٩٨٧/١/٦ ، س ٣٨ ، رقم ٣٩٩٨ ، ص ٣٨ - نقض ١٩٨٧/٤/٢١ ، رقم ٢٢٥ ، ص ٦٢٦ - نقض ١٩٩٧/١/١٢ ، س ٤٨ ، رقم ١٢ ، ص ٧٩ - نقض ١٩٩٧/٥/١٥ ، رقم ٨٥ ، ص ٥٦٤ .

(٢) نقض ١٩٣٩/٥/٢٢ ، مجموعة القواعد القانونية ، ج ٤ ، رقم ٣٩٦ ، ص ٥٥٧ .
نقض ١٩٤٤/١٠/١٦ ، ج ٦ ، رقم ٣٧٤ ، ص ٥١٤ - نقض ٧١/٣/٢٨ ، أحكام النقض ، س ٢٢ ، رقم ٧٢ ، ص ٣١٤ - نقض ٧٣/١١/٤ ، س ٢٤ ، رقم ٣٨٨ ، ص ٨٩٧ .

(٣) من القوانين الإجرائية الجنائية العربية التي أجازت للنسبة العامة رفع الدعوى بناء على محضر الاستدلال - ٢٠٦ أردني ، ٤٧ تونس ، ١/٦٦ ، ٢ جزائري ، ٥/٥١ سوري ، ٥٠ لبناني ، ٨٤ مغربي .

هذا وقد ثبت في فرنسا أن ٦٠% من البلاغات تحفظ بناء على جمع الاستدلالات ودون حاجة لإجراء تحقيق ابتدائي .

Larguier (Jean), droit penal et procedure penale paris, 4 em. Edition, 1972, p. 134.

إلا بناء على تحريات جدية بوقوع جناية أو جنحة ونسبتها إلى شخص معين مع احتمال وجود فائدة من هذا التفتيش^(١).

١٤١- أهمية محضر جمع الاستدلالات ونظام الصلح:-

أوجبت الفترة الثانية من المادة ١٨ مكرر أ. ج والمضافة بالقانون رقم ١٧٤ لسنة ١٩٩٨ عرض التصالح على المتهم والمقصود بذلك تنبيه المتهم إلى حقه في التصالح وبقبوله التصالح تنقضي الدعوى الجنائية الناشئة عن الجريمة التي ارتكبها بدلا من السير في إجراءات الدعوى واحتمال الحكم عليه بعقوبة.

وقد فرقت هذه الفقرة بين ما إذا كانت الواقعة مخالفة فيتم عرض التصالح من جانب مأمور الضبط وبين ما إذا كانت الواقعة جنحة فيتم عرض التصالح من جانب النيابة العامة. وقد بينت المادة طريقة عرض التصالح على المتهم بمعرفة مأمور الضبط القضائي "وعلى مأموري الضبط القضائي المختص أن يعرض التصالح على المتهم أو وكيله في المخالفات ويثبت ذلك في محضره " والبيان أن مأمور الضبط يتعين عليه أولاً تحرير محضر بالمخالفة^(٢) ويسأل فيه المتهم عن الواقعة المنسوبة إليه ويستوى أن يقر المتهم بارتكاب المخالفة أو ينكر ارتكابها وبعد ذلك يعرض مأمور الضبط القضائي التصالح على المتهم ويثبت ذلك كتابه في محضره ثم يثبت رأى المتهم^(٣).

(١) وتطبيقاً لهذا استقر قضاء البعض " أن كل ما يشترط لصحة التفتيش الذي تجريه النيابة أو تأسن بإجرائه في مسكن المتهم أو ما يتصل بشخص هو أن يكون رجل الضبط القضائي قد علم بتحرياته واستدلالاته أن جريمة معينة (جنابة أو جنحة) قد وقعت من شخص معين وأن يكون هناك من الدلائل والإمارات الكافية والشبهات المقبولة ضد هذا الشخص بقدر يبرر تعرض التحقيق لحريته أو لحرمة مسكنه في سبيل كشف مبلغ اتصاله بتلك الجريمة...
نقض ١٩٦٦/١/١٧ ، أحكام النقض ، س ١٧ ، رقم ١٧٧٠ ، ص ٥٠ - نقض ٦٦/٦/٢٠ ،
رقم ٩٤١ ، ص ٨٥٢ - نقض ١٩٨٩/١٠/٨ ، س ٤٠ ، رقم ٢٧٧٤ ، ص ٧٤٢ - نقض ٦/٧/٩٧ ، س ٤٨ ، رقم ١١٥ ، ص ٧٥٧.

(٢) ولا يشترط أن يحضر مأمور الضبط المحضر بخط يده بل يكفي أن يكون تحت إشرافه وتيل بتوقيعه ... نقض ١٩٥٢/٣/٣ ، أحكام النقض ، س ٣ ، رقم ٢٨٣ ، ص ٧٥٨.

(٣) د / إبراهيم حامد طنطاوى ، الصلح الجنائي ، مرجع سابق ، ص ١٢٠ - راجع ما سبق من الرسالة ، ص ١٠.

وفى فرنسا : أجاز المشرع للمتهم الحق فى طلب التصالح وذلك بموجب المادة الأولى من القانون رقم ٥١٥ - ٩٩ لسنة ١٩٩٩ ، ويشترط لذلك أن يكون المتهم بالغاً ، وأن يقر بارتكاب الجريمة ، وألا تكون الدعوى الجنائية قد حركت ضده بالفعل^(١) .

ويعرض التصالح على المتهم بمعرفة أحد مأمورى الضبط القضائى المختصين ينتدب لهذا الغرض ويكون ذلك فى الجرائم التى يجوز فيها ذلك (المادة ٤١ - ٢ إجراءات جنائية)^(٢) .

ويتعين على مأمورى الضبط فى هذه الحالة اخطار المتهم بحقه فى ألا يبدى رأيه فى قبول التصالح أو رفضه إلا بعد استشارة محاميه^(٣) .

ومتى قبل المتهم التصالح بشأن الجريمة التى ارتكبها تعين عليه الوفاء بالالتزامات التى حددتها المادة ٤١ - ٢ من قانون الإجراءات وأحد هذه الالتزامات ذو طبيعة مالية تتمثل فى دفع مبلغ معين من النقود فإذا كانت الجريمة جنحة فلا يزيد المبلغ عن ٥٠٠٠٠ فرنك ، فإذا كانت مخالفة فلا يزيد عن ٢٥٠٠٠ فرنك ويجوز النزول بالحد الأقصى للغرامة تبعاً لخطورة الجريمة أو تبعاً لالتزامات المتهم^(٤) .

١٤٢. الانتقادات الموجهة إلى مرحلة جمع الاستدلالات .

انتقدت هذه المرحلة باعتبار أن القائمين عليها تسيطر عليهم الرغبة فى كشف الحقيقة مما يخشى معه على الحريات الفردية^(٥) ز

(1) Barricand (J) et simon (A.M) , droit pénal, procédure pénale, dalloz , 2 éd, 2000 , P. 235 .

(2) Guinchard (serge) et Buisson (Jacques) , Procédure pénale, litec, 2000 , P. 1326 .

(3) Conte (P) et chambon (P. M), Procédure pénale, armand colin, 3 éd. 2001, P.210

(4) Guinchard (S) et Buisson (J), procédure pénale . Litec , 2000, No 403, P. 503

(٥) وتطبيقاً لهذا قضت محكمة أمن الدولة العليا - فى حكمها الصادر فى ٣٠ سبتمبر ١٩٨٤ (فى قضية الجناية رقم ٤٨ لسنة ١٩٨٢ أمن دولة عليا المعروفة باسم قضية تنظيم الجهاد) ... ثم اردفت المحكمة باعلانها انها تستبعد الدليل المستمد من أقوال من ثبت الاعتداء عليه من المتهمين بمحاضر الضبط المتضمنة إقرارات منهم بارتكاب الأفعال المنسوبة اليهم ، لأن هذه الإقرارات وليده إكراه مادى ومعنوى وليست إرادة حرة " ... مزيد من التفصيل راجع - د / عمر الفاروق الحسينى ، مرجع سابق ، ص ٥ .

وهذا الانتقاد مردود عليه بأن الرقابة التي تباشرها النيابة العامة والهيئات الأخرى تقلل من الإنحراف في إجراءاتهم وتجعلهم يفكرون كثيراً قبل أن يقدموا على ارتكاب أعمال غير مشروعة بل أن القوانين الوضعية قررت جزاءات تأديبية بجانب العقوبات الجنائية في حالة ما إذا كان الفعل المرتكب يشكل جريمة^(١).

وفي فرنسا صدر قانون ٢٥ مارس ١٩٣٥ الذي حظر نذب مأموري الضبط القضائي لاستجواب المتهم . حيث نصت المادة ١٥٢ منه على أن " الإنبابة القضائية لا يجوز أن تكون لغير قاض فيما يتعلق بالاستجواب " (٢) .

وهذا الحظر المنصوص عليه في المادة ١٠٥ لا يطبق في مرحلة التحقيق الأولى ، بمعنى أن توافر دلائل خطيرة ضد شخص تبرر اتهامه لا تحول دون

(١) إذا نسب لرجل الشرطة خطأ تأديبي كعدم الالتزام بالتعليمات أو إتيانه بعض التصرفات التي يحظرها القانون أو سلوكه سلوكاً معيباً ، أو خروجه على مقتضى الواجب الوظيفي فإنه يجري معه تحقيقاً إدارياً وفقاً لضوابط القرار الوزاري رقم ٦٧١ لسنة ١٩٧٣ " ... على أن يتولى مفتشو الإدارة العامة التفتيش والرقابة والتحقيق مع الضابط برتبة العميد فأعلى أو من يند بهم وزير الداخلية لذلك " د/رعوف عبيد ، مبادئ القسم العام من التشريع العقابي المصري ، مطبعة نهضة مصر ، ١٩٧٥ ، ص ٤٢٩ .

- عاطف فؤاد صحصاح ، الوجيز في تأديب أعضاء هيئة الشرطة ، دار منصور للطباعة ، ٢٠٠٠ ، ص ٢٨ .

وقد نصت المادة ٥٣ من قانون هيئة الشرطة رقم ١٠٩ لسنة ١٩٧١ " للوزير أو مساعد الوزير أو رئيس المصلحة كل في دائرة اختصاصه أن يوقف الضابط احتياطياً عن عمله ولا يجوز أن يزيد الوقف عن شهر إلا في حالة اتهام الضابط في جنابة أو جنحة مخلة بالشرف والأمانة " وبالنسبة لمندوبي ومراقبي الشرطة يكون الوقف من اختصاص رئيس المصلحة ... طبقاً لنص المادة ٨٧ من قانون هيئة الشرطة د/ مجدى احمد فتح الله حسن ، مرجع سابق ، ص ٣٩٨ .

(2) Cass Crim, 17 Juin 1964, J. G. P. 1965. 2. 14028

وتشترط محكمة النقض الفرنسية ضم الأوراق والمحاضر مع طلب الاتهام المبدئي الذي يصدره نائب الجمهورية ويطلب فيه من قاضى التحقيق القيام بأعمال التحقيق الابتدائى لفتح تحقيق فى القضية.

Cass Crim, 29 Mai, 1957, Bull. Crim. No. 459.

فإذا لم ترفق النيابة أعمال التحقيق الابتدائى مع قرار الاتهام فإن ما يقوم به قاضى التحقيق من إجراءات تكون باطلة.

Cass Crim, 6 Juillet 1955, J. G. P. 1955- 11- 8912.

استدعاء هذا الشخص وسماع أقواله كشاهد^(١) .

على أنه لا يكفي لتطبيق الحظر المنصوص عليه في المادة ١٠٥ أن تتوافر مجرد شبهات ضد شخص على أنه ساهم في ارتكاب الجريمة فمجرد الاشتباه لا يكفي لتطبيق الحظر المنصوص عليه في هذه المادة وإنما يتعين أن تكون هذه الشبهات قوية وهو ما عبر عنه المشرع بالدلائل الخطيرة^(٢).

وهكذا يتبين لنا أن القانون قد فرض على مأمور الضبط القضائي واجبات في أعمال الاستدلال تتخذ لحماية حقوق المجتمع من شر الجرائم التي يرتكبها الخارجون عنه ، فإن حقوق الإنسان عموماً وحسب المواثيق الدولية والداستاتير وقوانين الإجراءات الجنائية يجب أن تكون في الاعتبار سواء كان هذا الإنسان بريئاً أو متهماً وإذا كانت القوانين قد أعطت لمأمور الضبط قدراً معيناً من السلطة التقديرية في كيفية الاستدلال حيث يجب أن تقوم أعمال الشرطة على الاستدلال دون تعسف وإكراه من جانبها فالرابطة القانونية الموجودة بين الشرطة والدولة والشرطة والإنسان يجب أن تتسم بروح المحافظة على حقوق الجماعة والمحافظة على حقوق الدولة دون تعسف من جانب الشرطة تجاه المتهم وعلى ذلك سوف نلقى الضوء في مبحثنا التالي عن اختصاصات مأمور الضبط في هذه المرحلة.

(1) Cass. Crim ; 27 Juill 1964 ; J .G . P. 1964 . 2 : 13941 ; note le clère ; Rev . Sc. Crim 1965 ; 149 ., ops. J .R obert .

(٢) في ٢٢ أغسطس سنة ١٩٥٨ أصدر المشرع مرسوماً يميز فيه صراحه بين المشتبه فيه والمتهم ، وبين المرحلة السابقة على الاتهام ومرحلة الاتهام وأطلق عليها الاشتباه ووصف الشخص فيها بالمشتبه فيه أي من تتوافر قبله دلائل أو إمارات قوية تسوغ اتهامه بارتكاب جريمة ... د/ أسامة عبد الله قايد ، حقوق وضمانات المشتبه فيه في مرحلة الاستدلال ، مرجع سابق ، ص ٤١ - د/ إبراهيم حامد مرسى ، سلطات مأمور الضبط القضائي ، مرجع سابق ، ص ٥٤٢ .

المبحث الثانى اختصاصات مأمورى الضبط فى مرحلة الاستدلال

١٤٣- تمهيد وتقسيم :-

المشرع فى تحديده لاختصاصات مأمور الضبط فى مرحلة الاستدلال يجرى التوازن الضرورى بين حماية الحرية الشخصية وما يتعلق بها من حقوق الإنسان وحماية المصلحة العامة بتتقيته الجماعة من العابثين والخارجين عن النظام العام ونظام الأمن وبدون هذا التوازن لن تتحقق حماية الحرية وحقوق الإنسان بوصفها أساساً للشرعية الإجرائية . والمشرع وحده هو صاحب الاختصاص فى وضع حدود ممارسة حريات الناس وحقوقهم.

وإذا كان الغرض من إجراءات الاستدلال هو جمع المعلومات المتعلقة بالواقعة الجنائية ومرتكبيها فقد أشارت التشريعات الوضعية إلى أكثر إجراءات الاستدلال وقوعاً من الناحية العملية على نحو ما جاء بالمادتين ٢٤ ، ٢٩ إجراءات جنائية مصرى والتي يفوض مأمور الضبط القضائى باختصاصاتها. وهذا ما سوف نتناوله فى هذا المبحث مع اظهار دور الإكراه فيها من خلال مطلبين.

المطلب الأول : إجراءات الاستدلال

المطلب الثانى : محاضر جمع الاستدلال.

المطلب الأول إجراءات الاستدلال

١٤٤- تقسيم :-

إذا كانت المادة ٢٤ أ. ج مصرى نصت على إجراءات الاستدلال فإن هذه الإجراءات - كما هو معلوم - لم ترد في القانون على سبيل الحصر بل على سبيل المثال باعتبار أن الإجراءات المذكورة هي أهم إجراءات الاستدلال وأكثرها شيوعاً في العمل^(١) وسنتعرض إلى أهم الإجراءات فنتناول في الفرع الأول التحرى عن الجرائم ، وفي الفرع الثانى الإبلاغ عن الجرائم ، وفي الفرع الثالث الانتقال والمعاينة واتخاذ الإجراءات التحفظية ، وفي الفرع الرابع سماع أقوال الشهود وسؤال المشتبه فيه ، وفي الفرع الخامس الاستعانة بالخبراء .

الفرع الأول التحرى عن الجرائم ومرتكبيها.

١٤٥- ماهية التحريات :-

عهد القانون إلى مأمورى الضبط القضائى بمهمة البحث والتحرى عن الجرائم ومرتكبيها فاستهل المادة (٢١) أ. ج بالنص على أن " يقوم مأمور الضبط القضائى بالبحث عن الجرائم ومرتكبيها بجوع الاستدلالات التى تلزم للتحقيق فى الدعوى " - ونظراً إلى أن وقوع الجريمة يضر بأمن المجتمع ويخل بإستقراره كان من الواجب على مأمورى الضبط القضائى كشف الجريمة بسرعة ، وجمع المعلومات عنها وعن مرتكبيها والبحث عن الأدلة التى تثبت إرتكابهم للجريمة

(١) د/ محمود نجيب حسنى ، مرجع سابق ، ص ٥٢٣ - د/ تبيل مدحت سالم ، شرح قانون الإجراءات الجنائية ، دار الثقافة الجامعية ، ط ٧ ، ١٩٩٢ ، ص ٢٥٠ - د/ محمد أبو العلا عتده ، مرجع سابق ، ص ٣٣٩ .

وملاحقة المجرمين وضبطهم مما يساعد على نشر الطمأنينة بين الناس^(١). وعلى الرغم من أن أعمال الشرطة في التحري عن الجرائم والكشف عن مرتكبيها من الإجراءات الهامة التي يجب النظر إليها باهتمام إلا أن المشرع لم يتعرض لهذا الاختصاص وكيفية مباشرته من حيث تحديد الفئات من رجال الشرطة التي يجوز لهم القيام بالتحريات والأحوال التي ينبغي قصر إجراءات التحريات عليها وكيفية القيام بها الخ.

١٤٦. المختص بإجراء التحريات :-

الأصل أن إجراء التحريات كأحد إجراءات الاستدلال ينبغي أن يتم بمعرفة مأموري الضبط القضائي إلا أن المادة ٢٤ أ. ج مصرى أجازت لمرعوسى الضبط القضائي مباشرة بعض الاختصاصات المادية المنوطة مثل الحصول على الإيضاحات وأحد وسائل الحصول على الإيضاحات التحريات وعلى ذلك يجوز لرجال الشرطة من مأموري الضبط القضائي أن يكلفوا مرعوسيه من رجال الشرطة بإجراء التحريات بل أن لمساعدتهم القيام بذلك دون تكليف خاص مادامت طبيعة الأعمال الموكولة لهم تستلزم ذلك ويجوز أن يكون التكليف الصادر من مأموري الضبط القضائي لمرعوسيه بإجراء التحريات عاما أو خاصا بواقعة أو موضوع معين ، شفويا كان أو مكتوبا^(٢) .

(١) وقد قالت محكمة النقض في هذا (من المقرر أن من الواجبات المقررة قانوناً على مأموري الضبط القضائي في دوائر اختصاصهم أن يقبلوا التبليغات والشكاوى التي ترد إليهم بشأن الجرائم وأن يقوموا بأنفسهم أو بواسطة مرؤوسيههم بإجراء التحريات اللازمة عن الوقائع التي يعلمون بها بأية كيفية كانت)

نقض ٩٨/٤/٢١ ، أحكام النقض ، س ٣١ ، رقم ٢٣٨٤ ، ص ٥٣٤ - نقض ٩٦/١/٨ ، س ٤٧ ، رقم ٢ ، ص ٢١ .

(٢) فالقانون لا يوجب حتماً أن يتولى رجل الضبط القضائي بنفسه التحريات والأبحاث التي يؤسس عليها طلب الأذن. بل له الاستعانة بمعاونيه من رجال السلطة العامة والمرشدين السريين أو غيرهم)

نقض ١٩٤٣/١١/١٥ ، المجموعة الرسمية ، س ٤٤ ، رقم ٢٢ ، ص ٤٩ - نقض ١٩٦٦/١/١٧ ، أحكام النقض ، س ١٧ ، رقم ٩ ، ص ٥٠ - نقض ١٩٧٠/١/١٨ ، س ٢١ ، رقم ٣٠ ، ص ١٢٥ - نقض ١٩٧٣/٣/٤ ، س ٢٤ ، رقم ٥٩ ، ص ٢٦٦ - نقض ١٩٧٦/٥/٣١ ، س ٢٧ ، رقم ١٢٦ ، ص ٥٦٩ - نقض ١٩٧٧/٤/٣ ، س ٢٨ ، رقم ٩٠ ، ص ٤٣٦ - نقض ٩٦/٨/٤/٨ ، ١٩٧٩ ، س ٣٠ ، رقم ٩٦ ، ص ٤٥٣ - نقض ١٩٨٨/١٠/٢٧ ، س ٣٩ ، رقم ٣٦٩٠ ، ص ٩٥٧ ، نقض ٩٦/١٢/١ ، س ٤٧ ، رقم ١٨٧ ، ص ١٢٨٣ .

كذلك يجوز لمأموري الضبط القضائي الاستعانة بالمرشدين في إجراء التحريات واستعانتهم بهؤلاء المرشدين أمر صحيح تأخذ به نظم الشرطة كافة في العالم وبدونهم لن تكون هناك ضبطية قضائية^(١).

(١) يمكن تعريف المرشد بأنه " الشخص الذي يقدم معلومات أو إفادات حول قضية ما دون أن تشاع شخصيته ، يستوى ان يحصل على مقابل من عدمه " والمرشد ليس من رؤوس الضبط القضائي فالمادة ٢٣ أ. ج والمعدلة بق ٢٦ لسنة ١٩٧١ حددت مأموري الضبط القضائي سواء كانوا من نوى الاختصاص العام في جميع أنحاء الجمهورية ام في دوائر اختصاصهم فقط. والتعداد الذي جاء في هذه المادة لم يشمل رؤوس الضبط القضائي كرجال الشرطة والخبراء والمخبرين فهم لا يعدون من مأموري الضبط القضائي . بل من رؤسيتهم وليس من بينهم المرشد د/ محمود نجيب حسنى ، مرجع سابق، ص ٥١٦ - د/ فوزية عبد الستار ، مرجع سابق ، ص ٢٤٣ - د/ مأمون محمد سلامة ، مرجع سابق ، ص ٤٦٦.

وإذا كانت المادة (٢٤ أ. ج) قد نصت على إجراءات الاستدلال فإن هذه الإجراءات لم ترد في القانون على سبيل الحصر ، بل على سبيل المثال لذا فلا حرج على مأموري الضبط إذا استعان بمرشد سرى مادام رأى أن هذا الإجراء منتجاً في جمع أدلة الجريمة والتعرف على مرتكبيها وبشرط أن تكون المعلومات التي حصل عليها المرشد قد جاءت من طريق مشروع. وليس هناك ما يمنع من أن تقدم مكافأة للمرشد من المجنى عليه أو حاشيته كما لو تعرض شخص لجريمة سرقة ورصد مكافأة مالية لمن يقدم لجهات البوليس معلومات أو إفادات من شأنها أن توصل إلى الجاني فعلى سبيل المثال حدث أن أعلنت الشركة العامة للتأمين في فرنسا سنة ١٩٧٦ عن أنها سوف تقدم جائزة Une prime لأي شخص يقدم معلومات من شأنها أن تؤدي إلى الكشف عن شخصية الجناه الذين قاموا بسرقة الخزائن عن طريق الدخول إليها بواسطة نفق محفور.

لكن الملاحظ أن هذا أمراً استثنائياً فالمكافأة عادة تقدم عن طريق السلطة العامة.
Gaetan DI (M) , L'indicateur en, problemes actuels de science criminelle université de droit, d'economique et des science d'aix - Marseille, 1990 , P. 78.

ومن النتائج السلبية للاستعانة بالمرشد التحريض على ارتكاب الجريمة ثم يقدم لدوائر البوليس معلومات حتى يظهر أمامها بأنه الرجل الذي لا يخر جهداً في سبيل أن يقدم خدماته لكن مما يقلل من هذه الخشية أن المرشد نادراً ما يجد نفسه يجرى وراء خلق الجريمة وتقديم معلومات بشأنها لأنه هو الذي يسعى إلى التعاون مع رجل البوليس بمحض إرادته إضافة إلى ذلك فإن رجل البوليس لن يقبل من المرشد أن يحرض على خلق جريمة لم يكن لها وجود باعتبار أن ذلك لا يتفق مع رسالة السلطات العامة.

وأياً إن كانت أوجه النقد إلا أننا لا نستطيع إهمال الدور الذي يقوم به في خدمة العدالة فهو يقدم المعلومات والإفادات لجهات البوليس من شأنها الحيلولة دون تنفيذ مشروع إجرامي يخطط له البعض أو الوصول إلى الجناه والقبض عليهم في حالة وقوع الجريمة ونأمل بوجود تدخل تشريعي ينظم أعمال المرشد واختصاصاته د/ إبراهيم عيد نايل ، المرشد السرى ، دار النهضة العربية ، ١٩٩٦ ، ص ٣٩ - وما بعدها.

وإذا كان لمأمور الضبط القضائي الاستعانة بالمرشدين لإجراء التحريات فإنه غير ملتزم بإفشاء أسمائهم. ذلك أن القوانين الوضعية تحرص على تقرير واجب عدم إفشاء مصادر معلومات مأموري الضبط القضائي^(١).

١٤٧- شروط صحة التحريات :-

يشترط لكي تكون التحريات التي يجريها مأمور الضبط القضائي صحيحة ويترتب عليها آثار قانونية ، توافر الشروط الآتية.

أولاً : أن يكون التحري كافياً وجدياً :-

ويستحق كفاية التحري إذا تضمن بيانات أو معلومات أو إيضاحات تصلح لأن تكون نواة للدليل بحيث يتخذها المحقق أساساً لتحقيقه فيما بعد ويتحقق وصف الكفاية إذا كانت المعلومات دقيقة في وصفها للجريمة محل التحري وفي تعيين شخص المتحري عنه على نحو يتحدد به نوع الجريمة ومكان ارتكابها وزمنه وشخص مرتكبها وما أحيط به من ظروف وعلى وجه العموم ينبغي أن يتضمن التحري عن الجريمة البيانات والمعلومات والإيضاحات الجوهرية التي تنفي الجهالة عن الجريمة ومرتكبيها وظروفها أما الجدية فمعناها " تقويم " يخلعه الشخص الإجرائي المختص على المعلومات أو البيانات أو الإيضاحات التي تبلغ درجة من " الكيف " تستاهل معها أن تترتب عليها الآثار القانونية المتعلقة بالتحري^(٢).

(١) د / فوزية عبد الستار ، مرجع سابق ، ص ٢٥٠ - د / احمد كامل موسى ، الحماية الجنائية لأسرار المهنة في التشريع المصري المقارن ، " رسالة دكتوراه " ، جامعة القاهرة ، ١٩٨٠ ، ص ٢٥٦ وقد أكدت محكمة النقض الفرنسية شرعية هذا الإجراء . بناء على طعن كان قد أسس على رفض رجل البوليس في أن يكشف عن شخصية أو هوية مرشديه ، ورفضت الدائرة الجنائية هذا الطعن وأيدت رجل البوليس في تصرفه.

- نقض ١٩٦٠/١/٤ ، أحكام النقض ، س ١١ ، رقم ١ ، ص ٧ - نقض ١٩٦٩/٣/١٧ ، س ٢٠ ، رقم ٧٣ ، ص ٣٣٥ - نقض ١٩٧٣/١/١ ، س ٢٩ ، رقم ١٨٢ ، ص ٧٨٩ - نقض ١٩٩٧/١٢/٣ ، س ٤٨ ، رقم ٢٠٣ ، ص ١٣٤٠.

Cass Crim. 6 Juillet 1894 - DP. 1899 - 1 - 171 - Bull . No. 189, P. 281, Crim 30 ocout 1906 - DP. 1907-1-149. Crim - 4 - 4 - 1924 DP. 1925 - 1 - 10.

(٢) د/ عبد الفتاح مصطفى الصيفي ، مرجع سابق ، ص ٢٢٨ - د / حسنى الجندى ، مرجع سابق ، ص ٤٦٩ - د/ سعد محمد موسى ، تطبيقات البحث الجنائي ، مطبعة كلية الشرطة ، ٢٠٠٢ ، ص ٤٧.

موقف محكمة النقض من شرط كفاية التحريات وجديتها. ذهبت محكمة النقض إلى أن تقدير جدية التحريات وكفايتها لإصدار الأذن بالتفتيش موضوعي. عدم إيراد عمل الطاعن ومحل إقامته أو بيانات سيارته . غير قاذح في جدية التحريات^(١) كما إنه من المقرر أيضاً " خلو إذن التفتيش من بيان اسم المأذون بتفتيشه كاملاً أو صفته أو صناعته أو محل إقامته لا يعيبه "^(٢) . وأخيراً قررت " أن صدور أمر التفتيش بشخص معين ومن قد يكون معه أو في محله وقت التفتيش - صحيح "^(٣) .

ويتبين لنا من الأحكام سالفة الذكر أن محكمة النقض اعتبرت التحريات صحيحة رغم عدم ذكر مجريها عمل المتحرى عنه أو إقامته أو بيانات سيارته أو اسمه كاملاً أو اسم شهرته مكتفية بأنه طالما الشخص الذي اتخذ في حقه الإجراء هو بعينه المقصود.

ففي حين نجد أن محكمة النقض قد أبطلت إذن التفتيش تأسيساً على عدم جدية التحريات لما تبينه من أن الضابط الذي استصدره لو كان قد جد في تحريره عن المتهم الأول لوصل إلى عنوان المتهم وسكنه أما وقد جهله وخلا محضره من الإشارة إلى عمله وتحديد سنده فإن ذلك يفصح عن قصور في التحري يبطل الأمر الذي استصدره ويهدر الدليل الذي كشف عنه تنفيذه وهو استنتاج سائق تملكه محكمة الموضوع^(٤) وعليه نأمل أن يستقر اتجاه قضاء النقض نحو التشدد في شرطي الكفاية والجدية صيانة للحريات العامة وحقوق الأفراد.

ثانياً: أن يتعلق التحري بجريمة وقعت فعلاً.

يعد هذا الشرط بمثابة الشرط المفترض والأساسي لإصدار الإذن بالتفتيش بمعنى أن مفترضات بحث صحة إصدار الأذن وصحة الإجراءات السابقة على صدوره تبدأ من هذا الشرط.

(١) نقض ٩٢/٣/٢ ، أحكام النقض ، س ٤٣ ، رقم ١٨٥٠٤ ، ص ٢٧٠ - نقض ٩٢/٧/٢٢ ، رقم ١٠١ ، ص ٦٧٦ - نقض ٩٢/١٠/٨ ، رقم ١٢٤ ، ص ٨١٢ - نقض ٩٦/١/١٦ ، س ٤٧ ، رقم ٣٤٧٨ ، ص ٨٦ - نقض ٩٦/١٢/١٧ ، رقم ٢٥٦٤٩ ، ص ١٣٦٢ .

(٢) نقض ٩٢/٦/٢ ، أحكام النقض ، س ٤٣ ، رقم ٨٦ ، ص ٥٨٤ - نقض ٩٦/٧/١ ، أحكام النقض ، س ٤٧ ، رقم ١٣٣٦١ ، ص ٧٧٣ .

(٣) نقض ٩٢/٧/١٣ ، أحكام النقض ، س ٤٣ ، رقم ٩٨ ، ص ٦٥٥ .

(٤) نقض ١٩٨٥/٤/٩ ، أحكام النقض ، س ٣٦ ، رقم ٢٣٦٠ ، ص ٥٥٥ .

ويقصد بالجريمة الجريمة الجنائية مفهومة على أنها الفعل أو الامتناع الذي يشكل خرقاً لقاعدة جنائية موضوعية بمعنى تحقق الجريمة في ركنها المادى أو توقف هذا الركن عند حد الشروع المعاقب عليه. مع استبعاد الجريمة المستقبلية أى التى لم تقع بعد ولو قامت التحريات والدلائل الجدية على أنها ستقع بالفعل أو أنها وقعت بعد صدور الإنن.

وتطبيقاً لهذا قضت محكمة النقض " لما كان تبين من الإطلاع وكانت مدونات الحكم المطعون فيه تنطق بأن هذا الإنن قد صدر توصلًا لضبط واقعة رشوة . وهو ما ينبئ عن صدوره عن جريمة مستقبلية لم تكن قد وقعت فعلاً وقت صدوره. وكان الحكم لم يعرض بالرد على هذه الجزئية وبيان مدى صحة الآن فإنه يكون معيباً بالقصور مما يستوجب نقضه والإحالة " (١) .

ثالثاً : ألا تنطوى التحريات على مساس بحرية الأفراد أو بحرمة مساكنهم (مشروعية التحرى). يشترط لصحة التحرى أن يكون وليد أعمال مشروعة وهذا شرط لازم فى كل إجراءات الاستدلال.

وبناء عليه تعتبر من قبيل الأعمال المشروعة تخفى مأمور الضبط القضائى أو مرعوسه أثناء مباشرة التحرى فى زى رسمى أيا كان هذا الزى أو انتحال أى صفة تحول دون كشف أمره وتوسعت محكمة النقض فى هذا المجال فقضت بأن التفتيش الذى يقوم به رجال الشرطة فى أثناء البحث عن مرتكبى الجرائم وجمع الاستدلالات الموصلة إلى الحقيقة ولا يقتضى إجراؤه التعرض لحرمة الأفراد أو لحرية المسكن إجراء غير محظور (٢). ومن جهة أخرى فإنه لا يعد مشروعاً استراق السمع ولو بدافع من مجرد الفضول أو حب الاستطلاع أو المصادفة ولو بغير تعمد البحث عن جريمة معينة وتطبيقاً لهذا قضت محكمة النقض بأنه إذا كان الظاهر مما ذكره الحكم أن مشاهدة الخفير للمتهمين وهم يتعاطون الأفيون بواسطة الحقن كانت

(١) نقض جلسة ١٩٦٦/٣/١ ، أحكام النقض ، س ١٧ ، رقم ٢ ، ص ٢٢١ - وفى هذا المعنى - نقض ٦٧/٢/٧ ، أحكام النقض ، س ١٨ ، رقم ١٤٧٦ ، ص ١٧٤ - نقض ١٩٧٣/٣/١١ ، س ٢٤ ، رقم ٣٣ ، ص ٣١٠ - نقض ٩٢/٥/٧ ، س ٤٣ ، رقم ٧٣ ، ص ٤٩٧ - نقض ٨/١٠/٩٢ ، رقم ١٢٣ ، ص ٨٠٤ - نقض ١٩٩٨/١٠/٨ ، س ٤٩ ، رقم ١٣٧ ، ص ٩٩٩ .
(٢) نقض ٧٣/٦/٢٣ ، أحكام النقض ، س ٢٤ ، رقم ١٣٣ ، ص ٦٢١ - نقض ١٩٧٦/١٠/١٧ ، س ٢٧ ، رقم ١٧٣ ، ص ٧٦٣ - نقض ١٩٩٢/٩/١٥ ، س ٤٣ ، رقم ١٠٨ ، ص ٧١٤ .

من ثقب الباب وان أحد الشهود احتال عليهم لفتح الغرفة التي كانوا فيها على هذه الحالة ثم اقتحمها الخفير وفتشهم فعثر على المخدر يكون القبض والتفتيش باطلين^(١). ومن الطرق غير المشروعة في التحري أن يحرض مأمور الضبط القضائي على ارتكاب الجريمة حتى يتمكن من ضبط الجاني متلبس بها ويسمى هذا التحريض الصوري ومن باب أولى لا تعتبر طريقة مشروعة خلق المأمور للجريمة بطريقة الغش والخداع بقصد الإيقاع بالمتهم وضبطه متلبساً بالجريمة وذلك لأنه إذا كان من واجبات رجال السلطة العامة أن يضبط جريمة وقعت من فاعلها تلقائياً فإنه ليس من واجباته أن يحمل فاعل الجريمة على ارتكابها فهو في هذه الحالة يعتبر محرضاً على ارتكاب الجريمة^(٢).

الفرع الثاني

تلقي البلاغات والشكاوى.

١٤٨- ماهية البلاغ :-

يعرف البلاغ في معناه الواسع بأنه إجراء يقوم به شخص ما لإيصال نبأ الجريمة إلى علم العدالة . فالأخبار عن الجريمة وإيصال أمر وقوعها إلى السلطة العامة . ويستوى في التبليغ أن يكون شفوياً أو كتابياً ، كما يستوى أن يكون جوازي أو وجوبياً^(٣) ، فقد نصت المادة ٢٥ أ . ج على التبليغ الجوازي بقولها " لكل من علم بوقوع جريمة يجوز للنيابة العامة رفع الدعوى عنها بغير شكوى أو طلب أن يبلغ النيابة العامة أو أحد مأموري الضبط القضائي عنها " .

(١) نقض ١٩٤١/٦/١٦ ، مج القواعد القانونية ، جـ ٥ ، رقم ٢٧٨ ، ص ٥٤٥ .

(٢) د/ محمد زكي أبو عامر ، مرجع سابق ، ص ١٤١ - د/ عبد الفتاح مصطفى الصيفي ، مرجع سابق ، ص ١٤١ - د/ حسنى الجندي ، مرجع سابق ، ص ٤٧١ - وقد قالت محكمة النقض في هذا " لا تثريب على مأموري الضبط القضائي ومروسيهم فيما يقومون به من التحري عن الجرائم بقصد اكتشافها ولو اتخذوا في سبيل ذلك التخفي وانتحال الصفات حتى يأنس الجاني لهم ويأمن جانبهم " .

نقض ١٩٧٦/١٠/٢٥ ، أحكام النقض ، س ٢٧ ، رقم ١٧٦ ، ص ٧٧٤ - نقض ١٩٨٥/٢/٢٦ ، س ٣٦ ، رقم ٥٢ ، ص ٣٠٦ .

(٣) د/ فوزية عبد الستار ، شرح قانون الإجراءات الجنائية ، مرجع سابق ، ط ٢ ، ص ٢٦٠ .

كما نصت المادة ٢٦ على التبليغ الوجوبى بقولها " يجب على كل من علم من الموظفين العموميين أو المكلفين بخدمة عامة أثناء تأدية عمله أو بسبب تأديته بوقوع جريمة من الجرائم التى يجوز للنيابة العامة رفع الدعوى عنها بغير شكوى أو طلب ، أن يبلغ عنها فوراً النيابة العامة أو أقرب مأمورى الضبط القضائى " ويلزم المشرع مأمورى الضبط بأن يبعثوا بهذه التبليغات أو الشكاوى فوراً إلى النيابة العامة (م ٢٤ أ . ج)

١٤٩- ماهية الشكوى :-

وتعرف الشكوى بأنها إجراء يباشر من شخص معين هو المجنى عليه فى جرائم محددة يعبر بها عن إرادته فى تحريك ورفع الدعوى الجنائية لإثبات المسؤولية الجنائية وتوقيع العقوبة القانونية بالنسبة للمشكو فى حقه^(١) كما تشمل الشكوى أيضاً الطلب الذى يتقدم به المضرور من الجريمة مدعياً فيه بالحق المدنى ، فإذا قدمت الشكوى من المجنى عليه فى غير الحالات السابقة ولم تشمل إدعاء بالحق المدنى اعتبرت بلاغ (المادة ٢٨ أ . ج)^(٢) .

الفرع الثالث

الانتقال والمعاينة واتخاذ الإجراءات التحفظية.

يجب على مأمورى الضبط القضائى بمجرد علمهم بوقوع الجريمة سواء أكان ذلك بناء على التحريات أم بناء على بلاغ أو حتى مشاهدته لها فى حالة تلبس - القيام بجمع الاستدلالات اللازمة للتحقيق وتسهيل القيام به . ويعنى ذلك قيام أعضاء الضبط القضائى ومعاونيهم بجمع كل القرائن والأدلة اللازمة للتحقيق فى الدعوى والتى تساعد النيابة العامة فى القيام بأعمال التحقيق بشرط ألا تتضمن المساس بحرية الشخص^(٣) .

(١) د/ مأمون سلامة ، المرجع السابق ، حـ ١ ، ص ٨٣

(٢) د/ إبراهيم حامد مرسى ، مرجع سابق ، ص ٢٥٢

(٣) د / محمود نجيب حسنى ، مرجع سابق ، ص ٥٣١ - د / عمر السعيد رمضان ، مرجع

سابق ، ص ٢٨١ - د/ احمد عوض بلال ، مرجع سابق ، ص ٢٤٧ .

وهذا هو ما أوجبه المادة (٢٤ أ. ج مصرى) " ويجب عليهم وعلى رؤوسهم أن يحصلوا على جميع الإيضاحات ويجروا المعاينات اللازمة لتسهيل تحقيق الوقائع التى تبلغ إليهم أو التى يعلنون بها بأية كيفية كانت " كما أن المادة ٢٩ أ. ج - تخول مأمورى الضبط أثناء جمع الاستدلالات أن يسمعوا - أقوال من يكون لديهم معلومات عن الوقائع الجنائية ومرتكبيها وأن يسألوا المتهم عن ذلك

وتتلخص إجراءات جمع الاستدلالات الواجبة على مأمور الضبط القيام فيما

يلى :

١٥٠- إجراءات المعاينات :

يطلق على المعاينة عادة عبارة إثبات الحالة ، والمراد بهذا إثبات حالة الأشخاص والأشياء والأمكنة ذات الصلة بالحادث.

وللمعاينة أهمية بالغة فى أدلة الدعوى وفى اقتناع المحكمة ويبدو هذا فى أن ماديّات الواقعة يكون من العسير العبث بها - علما بأنه قد تأتى حقائق المعاينة مخالفة لأقوال الشهود كما فى الحوادث لا سيما تلك التى تتعلق بسبل المواصلات تكون المعاينة هى الدليل الأساسى ما لم يكن الوحيد فى الدعوى وإذا - أراد مأمور الضبط مباشرة المعاينة فعليه أن يضع فى اعتباره أن عمله يقتصر على مجرد نقل صورة صحيحة وكاملة للمحل الذى يقوم بمعاينته بمعنى انه بمثابة المسجل الذى لا يملك إضافة ولا حذفاً بالنسبة إلى ما يصل إليه ، وعملية المعاينة ذاتها تختلف من واقعة إلى أخرى وعلى هذا الأساس لا يمكن وضع قاعدة يهتدى بها على انه يتبقى لمأمور الضبط أن يحتاط لأمرين الأول. منها عدم المساس ببعض الأشياء التى توجد بها آثار تتم عن الجانى كبصمات الأصابع أو آثار الأقدام وترك رفعها إلى المعنيين المختصين مع الإشارة إلى ذلك ، والأمر الآخر أن لا يقطع مجريها بوصف معين لأمر شاهده إذا كان هناك احتمال آخر^(١)

(١) د / حسن صادق المرصفاوى ، الجوانب العملية فى التحقيق الجنائى ، المجلة الجنائية القومية، بدون سنة ، ١٩٦٨ ، ع ٣ ، ص ٤٧٦ .
ويذهب رأى إلى تقسيم المعاينة إلى المراحل الآتية : -

= المرحلة الأولى :

وهي خاصة بالانتقال إلى محل الحادث واتخاذ إجراءات الأمن اللازمة وفيها تتخذ الإجراءات التالية على وجه الخصوص :

١. يسجل بالضبط وقت وصول القائم بالبحث إلى محل الحادث أو الجريمة المرتكبة.
٢. يسجل كذلك حالة الجو والطقس ودرجة الإضاءة والرؤية.
٣. تلقى نظرة سريعة وكلية على المكان مع اتخاذ الإجراءات الضرورية المناسبة لكل حالة مثل القيام فوراً بإطفاء أي نار تكون مشتعلة خاصة إذا كان ذلك في أوراق أو مستندات
٤. تتخذ في الحال أيضاً إجراءات الأمن المناسبة والضرورية لوقاية المكان وحمايته ضد حدوث أي اقتحام.
٥. لا يسمح لأحد أياً كان بالدخول إلى مكان الحادث إلا إذا كان من المسؤولين أو المختصين أو الخبراء.
٦. لا يسمح بمغادرة أي فرد من الذين يوجدوا أو يعثر عليهم بمكان الحادث بأي حال من الأحوال إلا بعد أخذ أقواله أنفرادياً ومعرفة مبررات واسباب وجوده.

المرحلة الثانية :-

١. الإطلاع والفحص الشامل ٢. استخدام مساعد التصوير الجنائي

٣. استخدام الرسوم التخطيطية ٤. الاستعانة بالمعدات والأجهزة الأمنية في البحث عن الأدلة مثل استخدام الأضواء والعدسات والأشعة بأنواعها أو أي أجهزة تستخدم في هذا المجال برفع البصمات أو آثار الأقدام أو ...
٥. الاستعانة بالوسائل الاستدلالية الأخرى مثل الكلاب البوليسية المدربة خاصة في البحث عن آثار الجاني

٦. تحرير الأدلة كل دليل على حدة راجع بمزيد من التفصيل د / زين العابدين سليم ، طريقة مقترحة للكشف عن الجرائم في مرحلة الاستدلال ، المجلة الجنائية القومية ، ١٩٧٠ ع الأول ، ص ٦٧ - وما بعدها - وفي هذا قضت محكمة النقض أن إجراءات التحرير المنصوص عليها في المواد ٥٥ ، ٥٦ ، ٥٧ من قانون الإجراءات إنما قصد بها تنظيم العمل للمحافظة على الدليل خشية توهينه ولم يرتب القانون على مخالفتها بطلان نقض ٩٤/٦/٢ - احكام النقض ، س ٤٥ ، رقم ١٠٥ ، ص ٦٨٨.

الفرع الرابع

سماع أقوال الشهود وسؤال المشتبه فيهم

نصت المادة ٢٩ أ. ج مصرى على أن " لمأمورى الضبط القضائى أثناء جمع الاستدلالات أن يسمعوا من تكون لديهم معلومات عن الوقائع الجنائية ومرتكبيها " (١) .

وتنص المادة ٣٢ من ذات القانون على أنه " لمأمور الضبط القضائى عند انتقاله فى حالة التلبس بالجرائم أن يمنع الحاضرين من مبارحة محل الواقعة أو الابتعاد عنه حتى يتم تحرير المحضر ، وله أن يستحضر فى الحال من يمكن الحصول منه على ايضاحات فى شأن الواقعة " (٢) .

والأمر بعدم مبارحة محل الواقعة هو كالأمر باستحضار الشهود فى الحال إجراءان لا ينطويان على تعرض للحرية ، إذ لا يبرران استخدام القوة فى تنفيذهما وهذا هو ما يميز بينهما وبين الأمر بالقبض أو الأمر بالضبط والإحضار (٣) .

على أن القانون قد جعل من عدم الاذعان للأمر الذى يصدره مأمور الضبط القضائى فى حالة التلبس بعدم مبارحة محل الواقعة أو الابتعاد عنه حتى يتم تحرير المحضر أو باستحضار الشهود فى الحال مخالفة معاقبا عليها بالغرامة التى لا تزيد على ثلاثين جنيهاً (٤) ولهذا الإجراء طابع إكراهى ولكن يجد سنده فى الضرورة الإجرائية لأن التعرض المادى ليس قبضاً ، فهو لا يخول " التفتيش " كإجراء تحقيق

(١) وهو ما نصت عليه القوانين الإجرائية العربية فى المواد ٣٠ و ٤٦ أردنى ، ٣٩ إماراتى ، ٧٣ و ٧٤ بحرينى ، ٣٠ و ٤٦ سورى ، ١١ قطرى ، ٤١ كويتى .

(٢) راجع فى قوانين الإجراءات - المواد أرقام ١/٣١ أردنى ، ١/٥٠ جزائرى ، ١/٣١ سورى ، ١/٢٩ لبنانى ، ١/٦٧ مغربى .

(٣) د/ محمود نجيب حسنى ، شرح قانون الإجراءات الجنائية ، مرجع سابق ، ص ٥٦٧ - د/ رعوف عبيد ، مبادئ الإجراءات الجنائية فى القانون المصرى ، مرجع سابق ، ص ٢٨٨ .

(٤) نصت المادة ٣٣ من قانون الإجراءات الجنائية والمستبدلة بالقانون ٢٩ لسنة ١٩٨٢ " إذا خالف أحد من الحاضرين أمر مأمورى الضبط القضائى وفقاً للمادة السابقة ، أو امتنع أحد ممن دعاهم عن الحضور يذكر ذلك فى المحضر ويحكم على المخالف بغرامة لا تزيد على ثلاثين جنيهاً " .

ولكنه يخول " التفتيش الوقائي " لتجريد المتهم مما يحمله من سلاح أو أداة خطيرة قد تستعمل في الإضرار بمن تعرض له ^(١).

١٥١- سماع أقوال الشهود :

في مصر : القاعدة أن استدعاء مأمور الضبط القضائي للطاعن بسبب اتهامه في جريمة ... لا يعدو - أن يكون توجيه الطلب إليه بالحضور لسؤاله عن الاتهام الذي حام حوله في نطاق ما يتطلبه جمع الاستدلالات ولا يقدح في ذلك أن يتم هذا الاستدعاء بواسطة أحد رجال السلطة العامة طالما أنه لم يتضمن تعرضاً مادياً للاستدعاء يمكن أن يكون فيه مساس بحريته الشخصية أو تقيد لها مما قد يلتبس حينئذ بإجراء القبض المحظور على مأمور الضبط القضائي ^(٢).

وإذا كان ما سبق يطبق في حالة الجرائم غير المتلبس بها وفي حالة الجرائم المتلبس بها بالنسبة للشهود غير الموجودين في محل الواقعة فإن الأمر يختلف بالنسبة لهؤلاء الموجودين في محل الواقعة فلأمور الضبط القضائي أن يطلب من الحاضرين عدم الابتعاد عن محل الواقعة وعلة ذلك هي أن يتمكن من سماع أقوال من لديه من الحاضرين معلومات عن الجريمة ^(٣).

وقد تدل صياغة المادة ٣٢ أ. ج " لأمور الضبط القضائي عند انتقاله في حالة التلبس بالجرائم أن يمنع الحاضرين من مبارحة محل الواقعة أو الابتعاد عنه

(١) عبرت عن ذلك المذكرة الإيضاحية للقانون ٣٧ لسنة ١٩٧٢ بقولها أنه : " إجراء يختلف عن الضبط أو القبض ويعتبر بمثابة إجراء وقائي فلا مساس بحرية شخص إذا طلب منه أن يمكث في مكانه لحظات أو فترة قصيرة " - د/ أحمد عوض بلال ، الإجراءات الجنائية المقارنة ، دار النهضة العربية ، سنة ١٩٩٠ ، ص ٤٦١ - د/ عصام زكريا عبد العزيز ، حقوق الإنسان في الضبط القضائي ، مرجع سابق ، ص ١٦٩ .

(٢) نقض ٩٤/١٢/٢٠ ، أحكام النقض ، س ٤٥ ، رقم ١٨٨ ، ص ١٢٠١ - نقض ٩٦/١/٨ ، ص ٤٧ ، رقم ٢ ، ص ٢١ - وبناء عليه قضى بأن " توجه مأمور الضبط القضائي إلى الطاعن وسؤاله عن الاتهام المسند إليه لا يعد تعرضاً مادياً لمس حرية الشخصية مادام لم يكن مقروناً بإكراه " - نقض ٩٦/١٠/١٠ - أحكام النقض ، س ٤٧ ، رقم ١٣٩ ، ص ٩٧٩ - كما أنه من المقرر أيضاً " عدم توقيع الشاهد على جمع الاستدلالات لا يهدر قيمة في الإثبات " نقض ٨٦/١/٣٠ ، أحكام النقض ، س ٣٧ ، رقم ٥٥١٤ ، ص ١٩٩ .

(3) Merle et vitu , Op, cit ; P. 197.

حتى يتم تحرير المحضر ... أن لمأمور الضبط إجبار الحاضرين في محل الواقعة ، وهذا غير صحيح ، إذ تقتصر سلطة مأمور الضبط على مجرد عدم الابتعاد^(١) (١) وفي هذه الحالة لا يخرج موقف الشاهد عن أحد أمرين هما ، إما الامتناع لطلب مأمور الضبط وعندئذ لا تثار مشكلة ، وإما أن يرفض ويغادر محل الواقعة وفي هذه الحالة لا يجوز لمأمور الضبط منع الشاهد من مغادرة محل الواقعة وإلا اعتبر ذلك قبضاً بدون سند قانوني^(٢).

ولا يجوز لمأمور الضبط تحليف الشاهد اليمين ، على أنه إذا حلف اليمين فلا بطلان لأن حلف اليمين شرع للمصلحة العامة باعتبار إنها تضيء على الشهادة قيمة خاصة (م ٢/٢٩ أ. ج) وقاعدة عدم تحليف الشاهد اليمين في مرحلة جمع الاستدلالات مأخوذة بها في بعض التشريعات العربية ولكنها لم تنص على جواز تحليفهم اليمين في حالة الضرورة^(٣).

وفي فرنسا : نظمت المواد من ٧٥-٧٨ من قانون الإجراءات الفرنسي اختصاصات الشرطة القضائية بالنسبة للتحقيقات الأولية وهذه المواد لا تخول لمأمور الضبط سلطة إجبار الشاهد على الحضور والإدلاء بشهادته وقد أفرد القانون نصاً خاصاً للتحفظ على الشهود الهامين باحتجازهم في مركز الشرطة وأخذ أقوالهم في أحوال التلبس (مادة ١/٦٢ أ. ج فرنسي) وسلطة الإكراه التي خولها القانون لمأموري الضبط القضائي هي الفارق الوحيد بين التحقيق التمهيدى في الجرائم العادية وبين التحقيق في الجرائم المتلبس بها^(٤).

(١) رمسيس بهنام ، الإجراءات الجنائية تأصيلاً وتحليلاً ، مرجع سابق ، ص ٤٤ - د/ إبراهيم حامد مرسى ، سلطات مأمور الضبط القضائي ، مرجع سابق ، ص ٢٧٥.

(٢) د / زين العابدين سليم ، مقال سابق ، ص ٧٠.

(٣) تنص المادة ٤١ / ٢ من قانون الإجراءات الجزائية الكويتي " يجب على رجل الشرطة أثناء قيامه بالتحري أن يسمع أقوال المبلغين وله أن يستدعى الشهود ويسمع أقوالهم ويثبتها في محضره ولكن لا يجوز له تحليفهم اليمين ولا إلزامهم بالتوقيع على أقوالهم "

- كما تنص المادة ٣٤ / ٢ من قانون الإجراءات القطري " ولمأموري الضبط القضائي أن يستعينوا بأهل الخبرة وأن يطلبوا رأيهم شفاهة أو كتابة ولا يجوز لهم تحليف الشهود والخبراء اليمين إلا إذا خيف ألا يستطيع ذلك فيما بعد .

(4) Stefani , Levasséur et Bouloc, O. P – Cit. No 417, P. 378.

ولا يخضع أخذ أقوال الشهود إلى قواعد خاصة كتلك المطلوبة أمام قاضي التحقيق حيث يجرى سماع أقوال الشهود من قبل قاضي التحقيق بدون حضور المتهم وعلى انفراد ولا توجد مثل هذه القيود على ممارسة ضباط البوليس القضائي لسماع الأقوال فليس سماعها وسط الحاضرين والموجودين وحتى في حضور الشخص الممكن اتهامه (١٠٢ أ. ج مدني)^(١) .

(١) وقضت محكمة الجنايات الفرنسية انه يمكن لمأمور الضبط أن يقوم بدور المترجم أثناء قيام التحقيق التمهيدى .

Cass Crim. 16 Fev. 1611. Bull. Crim. No. 104.

Cass Crim. 5 Nov. 1947. J. 1947. 1-45.

ويمكن القول أن عيوباً ثلاثة ترتبط بشخص الشاهد يمكن أن تلقى بظلمتها على سلامة عملية أداء الشهادة بما يحمل خطر الوقوع في شرك البطلان وهذه العيوب تتصل بسن الشاهد وحالته العقلية ومدى جواز سماع شهادته.

ومن ناحية أولى : ينبغي ألا يقل سن الشاهد عن سنة معينة وأن يكون سليم العقل وقد حدد المشرع المصرى فى المادة ٢٨٣ أ. ج سن الشهادة بأربع عشرة سنة فيجوز الاستماع كشاهد لكل من بلغ هذه السن ويجب على الشاهد الذى بلغ الرابعة عشر عاماً أن يحلف اليمين قبل أداء الشهادة ويجوز سماع الشهود الذين لم يبلغوا أربع عشرة سنة كاملة بدون حلف على سبيل الاستدلال. وقد حدد المشرع الفرنسى من ناحية سن الأهلية الإجرائية لقبول الشهادة بستة عشر سنة أما دون هذا السن فيجوز الاستماع للشهادة على سبيل الاستدلال دون حلف يمين " والعبرة فى تحديد سن الشهادة هو بوقت ايداع شهادته وليس بوقت وقوع الفعل موضوع الشهادة .

"Cass Crim, 29 No Nov. 1989, B. C. No 456"

ومن ناحية ثانية :

يجب ألا يكون الشاهد من بين الأشخاص الذين يحظر القانون الاستماع إلى شهادتهم وقد أجاز المشرع المصرى أن يمتنع عن أداء الشهادة ضد المتهم أصوله أو فروعه وأقاربه وأصهاره إلى الدرجة الثانية وذلك ما لم تكن الجريمة قد وقعت على الشاهد أو على أحد أقاربه أو أصهاره الأقربين أو إذا كان هو المبلغ عنها أو إذا لم تكن هناك أدلة إثبات أخرى. وقد استقر القضاء الفرنسى " بعدم جواز تحليف اليمين لأحد أقارب المتهم ممن ورد ذكرهم فى نص القانون أو للمدعى المدنى " ... ٣٣٥ ، ٣٣٦ أ. ج فرنسى.

- Cass Crim. 13 Mars, 1952, D, 1952, P. 360 ; 3 septembre 1977, D. 1977, inf. Mad. P. 493, 5 décembre, 1990, B, G, n 04 18

- Cass Crim. 28 Janv 1958, B. G. no 91; 4 Janvier 1968, B. C; no 2 : 16 décembre 1924. B. C. Mo B. Cno 423.

ومن ناحية ثالثة - لا يجوز الاعتداد بشهادة من كان محكوم عليه بعقوبة جنائية ولو كانت مسبوقة بحلف اليمين.

Cass Crim. 3 mai 1989, B. G. no 178 Juni 1993 B. C. no 201.

١٥٢- سؤال المشتبه فيه :

فى مصر : من المقرر أن لمأمور الضبط عملاً بالمادة ٢٩ من قانون الإجراءات الجنائية أن يسأل المتهم عن التهمة المسندة إليه دون استجواب وكان الاستجواب المحظور هو الذى يواجه فيه المتهم بأدلة الاتهام التى تساق عليه دليلاً ليقول كلمته فيها تسليماً بها أو دحضاً لها^(١) .

والقاعدة هى عدم جواز إجبار المشتبه فيه على الحضور للإدلاء بأقواله فى الجرائم غير المتلبس بها فلا يجوز مثلاً لمأمور الضبط القضائى أن يصدر أمراً بالقبض عليه أو أمراً بضبطه وإحضاره لأن هذه الأوامر من إجراءات التحقيق التى لا يجوز لمأمور الضبط القضائى إصدارها إلا فى حالة التلبس بالجنايات والجناح المعاقب عليها بالحبس مدة تزيد على ثلاثة شهور . فالاستدعاء الذى يوجه للمشتبه فيه للحضور ليس بملزم له فإذا لم يحضر أثبت مأمور الضبط القضائى ذلك فى محضر يعرض على النيابة لتقرر ما تراه مناسباً ولا يعد الشاهد أو المشتبه فيه مرتكباً لجريمة بعدم حضوره^(٢) .

وفى فرنسا : نظم قانون الإجراءات الفرنسى أخذ أقوال المشتبه بهم وأورد بعض الضمانات التى تمنع التعسف ضدهم (المواد ٦٣ ، ٦٤ ، ٦٥ - أ. ج فرنسى والمعدل بند ٢٤ أغسطس ١٩٩٣) وذلك بشأن أخذ أقوال الأشخاص المتحفظ عليهم حيث يتم إبلاغه بطبيعة المخالفة وحقه فى عدم الرد على أسئلة المحقق ثم يتم توضيح باقى الحقوق له من حيث حقه فى استخدام التليفون والاتصال بذويه (المادة ٦٣-٢ أ. ج) والمشتبه فيه من حقه الاتصال بطبيبه لمباشرته (المادة ٦٣-٣ البند ١

(١) نقض ٩٢/٥/٢١ ، أحكام النقض ، س ٤٣ ، رقم ٢٨ ، ص ٢٤٠ - نقض ٩٤/٩/٢٠ ، س ٤٥ ، رقم ١٢١ ، ص ٧٧٦ - نقض ٩٦/١٢/٢٢ ، س ٤٧ ، رقم ٢٠٠ ، ص ١٣٩٢ وأضاف محكمة النقض بأن طول أمد الاستجواب أو سؤال الشهود دليلاً واستغراق ذلك الساعات طويلة متصلة لا يعد إكراها مادام لم يستطيل إلى المتهم أو الشهود بالأذى مادياً أو معنوياً أو مجرد طول هذه الإجراءات لا يعد من الإكراه ... نقض ٩٤/١/٢٣ ، أحكام النقض ، س ٤٥ ، رقم ٢١ ، ص ١٣٧ .

د / محمد سامى النبراوى ، استجواب المتهم ، رسالة دكتوراه ، " جامعة القاهرة " ، ١٩٦٨ ، ص ١٠٠ .

(٢) د / محمود نجيب حسنى ، مرجع سابق ، ص ٥٣٢ .

أ. ج) وعلى الطبيب أن يتم عملية الفحص دون تأخر وأن يقدم شهادة ترفق بالملف ونفس الحق مقرر لمن يرتكب مخالفات لها علاقة بالمنظمات الإرهابية^(١).

ورغم هذا فإن القضاء الفرنسى قد مال إلى ترجيح الجانب التنظيمى على جانب حقوق الأفراد عندما قرر أن الإخلال بهذه الضمانات لا يرتب بطلان^(٢).

الفرع الخامس الاستعانة بالخبراء

١٥٣- المقصود بالخبرة :-

تقتضى القواعد العامة بأن تكون الاستعانة بالخبير فى المسائل الفنية أى المسائل التى تتطلب خبرة خاصة لا تتوافر أساساً فى المحقق فمثلاً تدعو الحاجة إلى الاستعانة بالطبيب الشرعى فى معرفة سبب وفاة المجنى عليه ، والسلاح الذى استعمل فى قتله وهكذا وقد عرفت الخبرة فى صورة استشارة الخبراء والفنيين فى المسائل الجنائية منذ زمن بعيد وضاعف من أهميتها الثورة العلمية وما واكبها من تطور هائل فى الأساليب العلمية المستخدمة فى مجال الكشف عن الجريمة^(٣).

وتعرف الخبرة " بأنها الاستشارة الفنية التى يستعين بها القاضى أو المحقق لمساعدته فى تكوين عقيدته نحو المسائل التى يحتاج تقديرها إلى معرفة أو دراية علمية خاصة لا تتوافر لديه " ^(٤) والخبرة تتمثل فى إبداء رأى الخبير بشأن

(1) Matsopoulou (H), Les enquêtes de police, thèse Paris, I, 1994 no S 835 – et SS.

- Stefani, Levasseur et Boulac, Op. Cit, P, 382.

(2) Cass Crim, 17 Mars 1960. J.G.P. 1960-11- 641. note Chambon

- Cass Crim 16 Mai 1966 J.G.P. 1466 – 4 – 941 .

- راجع من الرسالة ص ٢٣.

(٣) د / حسن صادق المرصفاوى ، مرجع سابق ، ص ٤٩٦ – د / عبد الفتاح مصطفى الصيغى ، مرجع سابق ، ص ٢٤٣.

(٤) د / احمد أبو القاسم احمد ، مرجع سابق ، ص ٢٨٢ – د / عادل حافظ غانم ، الخبرة فى مجال الاثبات الجنائى ، مجلة الأمن العام ، ١٩٦٨ ، ع ٤٣ ، ص ١٩.

تقدير مسألة ذات طبيعة خاصة تتطلب إدراكه ، إما بالملاحظة المجردة من خلال خلفية علمية أو القيام بأبحاث وتجارب فنية حسب طبيعة المأمورية ثم استنتاج ما أدركه مطبقاً في ذلك معلوماته العلمية أو الفنية الخاصة ثم نقل ما توصل إليه مدعماً بأسانيد من القواعد العلمية أو الفنية إلى القاضى أو السلطة التى انتدبته وهى بذلك وسيلة من وسائل الإثبات التى تهدف إلى كشف بعض الدلائل^(١) .

١٥٤- القواعد القانونية التى تنظم أعمال الخبرة :

تنص المادة الأولى من المرسوم بق ٩٦ لسنة ١٩٥٢ الخاص بتنظيم أعمال الخبرة على ان "يقوم بأعمال الخبرة أمام جهات القضاء ، خبراء الجدول الحاليون ، وخبراء وزارة العدل ومصلحة الطب الشرعى ، والمصالح الأخرى التى يعهد إليها بأعمال الخبرة وكل من ترى جهات القضاء عند الضرورة الاستعانة برأيهم الفنى من غير هؤلاء " وتنص المادة ٥٠ من هذا المرسوم بقانون على انه " إذا رأت إحدى جهات القضاء لظروف خاصة ندب خبير من غير المقيدين فى الجدول أو غير خبراء وزارة العدل أو قسم الطب الشرعى يتعين عليها أن تبين الظروف التى دعته إلى ذلك الندب " ويشترط للقيّد فى جدول الخبراء التحرى عن سلوك الخبير والتأكد من حسن أهليته^(٢) .

١٥٥- الطبيعة القانونية لأعمال الخبرة :

لأعمال الخبرة طبيعة قانونية متميزة فى كل مراحل الدعوى الجنائية ولها أسلوب وحدود ينظمها قانون الإجراءات وسوف نتناولها بإيجاز شديد فيما يلى .

١٥٦- (أولاً) : فى مرحلة جمع الإستدلالات .

أجاز قانون الإجراءات الجنائية فى المادة ٢٩ أ. ج لمأمورى الضبط القضائى الاستعانة بالخبراء ليستطلع رأيهم فى بعض الأمور التى تعرض لهم فى أثناء تأدية مهمتهم ولهم مطلق الحرية فى اختيارهم وفى تحديد الأعمال المطلوبة

(١) د / احمد فتحى سرور ، الوسيط فى قانون الإجراءات الجنائية ، دار النهضة العربية ، ١٩٨١ ، ص ٤٩٤ .

(٢) وردت هذه الشروط فى القانون رقم ٧٥ لسنة ١٩٣٣ الذى حل محله المرسوم بق ٩٦ لسنة ١٩٥٢ .

منهم ولكن ليس لهم الحق فى تحليفهم اليمين^(١).

فالبحوث الفنية التى يقوم بها أهل الخبرة فى مرحلة الاستدلالات بناء على طلب مأمورى الضبط القضائى لا تعد من قبيل الخبرة إذ تؤدى دون اتباع الإجراءات الشكلية التى أوجبها القانون وهى النذب من سلطة التحقيق وأداء اليمين ، ولا يقدح فى الأهمية البالغة لإجراءات الاستدلال فى الدعوى الجنائية فكثير ما يترتب عليها نجاح سلطات التحقيق والمحاكمة فى الوصول إلى الحقيقة^(٢).

وتخضع الخبرة كإجراء إستدلالى للقواعد نفسها التى يخضع لها سماع الشهود من حيث عدم جواز تحليفهم اليمين لذلك ترفق تقاريرهم بمحاضر جمع الاستدلالات باعتبارها من قبيل الشهادة المكتوبة وقد رتب القضاء على ذلك نتيجة مهمة وهى خضوعها إلى تقدير محكمة الموضوع من حيث قوتها التدلالية^(٣) ولا يجوز أن يؤسس الحكم الصادر بالإدانة على ما جاء فى هذه التقارير فقط^(٤).

ويجوز لمأمور الضبط الإستعانة بالخبراء وتحليفهم اليمين إذا خيف ألا يستطاع فيما بعد سماع شهادتهم (م ٢٩ أ. ج فقرة ثانية) .

١٥٧- (ثانياً) : فى مرحلة التحقيق الابتدائى

لما كانت الخبرة من إجراء التحقيق الخاص بجمع الأدلة فإن المرحلة الأصلية لمباشرتها هى مرحلة التحقيق الابتدائى والغرض من الخبرة فى هذه المرحلة هو مساعدة المحقق فى تكوين عقيدته للتصرف فى التحقيق الذى ينتهى بإصدار قرار بأن لوجه إقامة الدعوى ، أو بإحالة الدعوى إلى محكمة الموضوع وقد نظم المشرع أحكام الخبرة فى مرحلة التحقيق الابتدائى فى المواد من ٨٥ إلى

(١) د / عادل حافظ غانم ، مقال سابق ، ص ٢٠.

(٢) د / إبراهيم حامد مرسى ، شرح قانون الإجراءات الجنائية ، دار النهضة العربية ، ط ١ ، ٢٠٠٤ ، ص ٣٨٦.

(٣) وفى هذا قضت محكمة النقض " الأصل فى تقدير آراء الخبراء والفصل فيما يوجه الى تقاريرهم من مطاعن واعتراضات مرجعه الى محكمة الموضوع التى لها كامل الحرية فى تقدير القوة التدلالية لتلك التقارير "

نقض ٩٨/١/٥ ، أحكام النقض ، س ٤٩ ، رقم ٤ ، ص ٢٦ - نقض ٩٨/١/١٨ ، رقم ١٦ ، ص ١١١ - نقض ٩٨/١٠/٨ ، رقم ١٤٠ ، ص ١٠٣٩.

(٤) نقض ١٩٨٥/١/٢٤ ، أحكام النقض ، س ٣٦ ، رقم ١٦ ، ص ١١٧.

٨٩ من قانون الإجراءات^(١) ولا تعتبر الاستعانة بالخبراء في حالة التلبس بالجريمة من قبيل الخبرة في معناها الإجرائي وإنما هي من قبيل الاستدلالات العادية المترتبة على حالة التلبس بالجريمة^(٢).

وفى فرنسا : أجاز المشرع لمأمور الضبط القضائي - بمقتضى المادة ٦٠ . أ. ج - عند إنتقاله إلى محل ارتكاب جريمة متلبس بها أن يستعين بالمتخصصين وعلى هؤلاء أداء اليمين قبل أدائهم لعملهم ما لم يكونوا من الخبراء المعيّنين وله قبل فتح التحقيق إجراء الأبحاث الفنية اللازمة واتخاذ كافة الإجراءات إلى حين وصول قاضي التحقيق^(٣) وقد استقرت أحكام النقض على أن الاستعانة بهؤلاء المتخصصين من قبل مأموري الضبط لا يعد من قبيل أعمال الخبرة^(٤).

١٥٨- موقف الشريعة الإسلامية :

الخبير في اللغة هو العالم^(٥) والخبير هو العلم بالشئ ومن ذلك قول الله

- (١) عقيد عبد الواحد أمام مرسى ، التحقيق الجنائي علم وفن بين النظرية والتطبيق ، بدون جهة نشر وتاريخ ، ص ٤٥ - د/ أحمد أبو القاسم ، مرجع سابق ، ص ٢٩٧ .
(٢) د / مأمون محمد سلامة ، الإجراءات الجنائية في التشريع المصري ، مرجع سابق ، ص ٤٦٢ .

(3) Cass Crim, 15 Mars. 1988, Bull, Crim. no 128.

ويلاحظ انه في ظل النظام القديم لقانون الإجراءات الفرنسي أن من يريد التحقيق في جرائم التلبس هو قاضي التحقيقات ويجب أن تكون التحقيقات مطابقة للحقيقة ... وتحت إشراف قاضي النيابة العامة - أما في ظل قانون الإجراءات المعدل بق ٢٤ أغسطس ١٩٩٣ فأصبح لقاضي التحقيق صلاحيات قاضي النيابة العامة - أما في ظل قانون الشرطة القضائية وله ندب الآخرين في القيام بأعمال التحقيق من ندب الأطباء الشرعيين وغيرهم واتخاذ كافة إجراءات التحقيق المواد أرقام (٦٩ ، ٧٢ ، ١١٧ - أ. ج فرنسي المعدل) .

- Champon (P) Le Juged' instruction, Paris, 4 éd, No 44. D. 17 -

(4) Cass Crim, 5 aût, B. No 263, 17 Oct, 1982, B., No 245.

Cass Crim, 10 Mai, 1984, B, No 168

وأجاز المشرع الفرنسي وبعض القوانين العربية لمأمور الضبط أن يستعين بالمتخصصين على أن يحلفوا اليمين قبل أدائهم لعملهم المواد أرقام ٤٠ ، ٤١ ، أردني ، ٦٢ جزائري ، ٤٠ ، ٤١ سوري ، ٧٤ فرنسي .

(٥) مختار الصحاح ، مرجع سابق ، باب الخاء (خبير) ، ص ١٦٨ .

سبحانه وتعالى (وكيف تصبر على ما لم تحط به خبراً) ^(١) وفي الشريعة الإسلامية الخبير اسم من أسماء الله الحسنى وهو يفيد أن الله هو المحيط بكل شئ فيقول سبحانه وتعالى (قالت من أنبأك هذا قال نبأني العليم الخبير) ^(٢) ويقول في موضع آخر (ألا يعلم من خلق وهو اللطيف الخبير) ^(٣) ولقد أخذت الشريعة الإسلامية بمبدأ الخبرة في المسائل الجنائية والأصل في ذلك قوله تعالى (وما أرسلنا من قبلك إلا رجالاً نوحى إليهم فأسالوا أهل الذكر إن كنتم لا تعلمون) ^(٤) فالمقصود بأهل الذكر الخبرة في كل فروع العلم المختلفة وبالتالي فإنه ينبغي على القاضى أن يستشير أهل الخبرة إذا صعب عليه الأمر وقد شاور عمر وعثمان وعلى - رضى الله عنهم - . قال مالك : كان عثمان رضى الله عنه إذا جلس للقضاء أحضر أربعة من الصحابة ثم استشارهم فإذا رأوا ما رآه أمضاه ، وقال : هؤلاء قضوا لست أنا قضيت ^(٥) وقال ابن فرحون : أنهم قالوا : لا يقضى القاضى إلا بحضرة أهل العلم ومشورتهم ^(٦) وقديماً كان إذا أشكل على الإمام قيمة المسروق واختلف أهل العلم فقال بعضهم قيمتها عشرة دراهم ، وقال بعضهم أدنى ، لم يقطع ، لأن كمال النصاب شرط يراعى وجوده حقيقة ، وذلك يتقدم عند اختلاف المقومين فيه ^(٧) .

مما تقدم يتضح أن للخبرة أصلاً ثابتاً في الإسلام وليس في الشريعة الإسلامية ما يمنع من أن يقدم الخبير تقريره كتابة ويطرح لمناقشة الخصوم ويخضع لمبدأ الاقتناع فللقاضى أن يأخذ به أو لا يأخذ حسب مدى اقتناعه.

وقد يتعرض الخبير لوسائل من الضغط المادى والمعنوى من قوى المصلحة لتغيير الحقيقة في تقريره ، فما هو قيمة الدليل المتحصل ؟

فى هذه الحالة يكون الدليل المتحصل عليه مشوباً بعيب عدم المشروعية لأنه تم الحصول عليه تحت تأثير الضغط والتهديد ومن ثم يجب على القاضى

(١) سورة الكهف - الآية (٦٨) .

(٢) سورة التحريم - الآية (٣) .

(٣) سورة الملك - الآية (١٤) .

(٤) سورة النحل - الآية (٤٣) .

(٥) تبين المسالك لتدريب السالك إلى أقرب المسالك ، مرجع سابق ، ص ٣٢٢ .

(٦) بنصرة الأحكام " لابن فرحون " ، مرجع سابق ، ج ١ ، ص ٢٩ .

(٧) المبسوط ، مرجع سابق ، ص ٧٩ - د / احمد ابو القاسم احمد ، مرجع سابق ، ص ٣٤١ .

إستبعاده - شريطة أن يستبين توافر شروط المكره في حقه فإذا كانت الشروط منطبقة عليه اعتبر مكرهاً ولا يوقع عليه عقاب^(١) ويلحق العقاب بالقائم بالإكراه عملاً بنص المادة ١٣٧ مكرر (أ) عقوبات والمضافة بموجب القانون ١٢٠ لسنة ١٩٦٢ ثم عدلت بالقانون ٩٥ لسنة ٢٠٠٣ الذي نص على أن " يعاقب بالسجن مدة لا تزيد على خمس سنين كل من استعمل القوة أو العنف أو التهديد مع موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة ليحمله بغير حق على أداء عمل من أعمال وظيفته أو على الامتناع عنه ولم يبلغ بذلك مقصده ، فإذا بلغ الجاني مقصده تكون العقوبة السجن مدة لا تزيد على عشر سنين إلى آخر نص المادة "

فهذا النص يحكم حالة الاعتداء على الخبير لكونه موظفاً عاماً ومن ثم فأى إعتداء يتعرض له من أجل القيام بالعمل أو الإمتناع عنه يجعل نص المادة (١٣٧) عقوبات واجب التطبيق على القائم بالإكراه حسب طريقة الاعتداء^(٢) .

(١) وفي حالة عدم إنطباق شروط الإكراه تساءل الفقه الفرنسي عن النص العقابي الذي يمكن تطبيقه على كذب الخبير فهو يقوم بإعداد تقارير بشأن المسائل التي يطلب منه دراستها وتبيان الرأي العلمي أو الفني بصدد ما وهو يدعى أمام القضاء لتوضيح نتائج تقريره شفاهة أو الرد على إستيضاحات الخصوم بشأنها وانتهى الرأي إلى إعتبار الكذب في التقرير المكتوب تزوير Pradel (J), La responsabilite penale de l'exert judiciaire revue de science criminelle et de droit pénal comparé, Paris, 1986. P. 256.

أما كذب الخبير شفاهة أمام القضاء فقد يبقى مثار للتساؤل إزاء التسليم بأنه لا يمكن اعتباره من قبيل الشهادة الزور على سند من أن شهادة الزور لا يمكن أن تصدر إلا عن شاهد وأن الخبير لا يعتبر كذلك لاختلاف مهمة كل منهما عن الآخر وإزاء ذلك قام المشرع الفرنسي بتعديل المادة ٣٦٧ ع فرنسي ونص على عقاب المترجم الذي يخالف ما هو مكتوب بعقوبة الشهادة الزور د / حاتم بكار ، مرجع سابق ، ص ٣٩٣ .

(٢) د / محمد السيد عبد الفتاح ، مرجع سابق / ص ٣٢٠ .

المطلب الثانى

محاضر جمع الاستدلال

١٥٩- المقصود بمحضر جمع الاستدلالات :-

جرى العرف على تسمية المحاضر التى تسبق مرحلة الدعوى باسم محاضر الاستدلالات وذلك تمييزاً لها عن محاضر التحقيق التى تجريها النيابة العامة أو قاضى التحقيق. ولم يستلزم القانون شكلاً معيناً لمحاضر الاستدلالات بل جعلها مجرد أوراق رسمية على سبيل التنظيم والإرشاد^(١) وأوجب القانون على مأمور الضبط القضائى أن يثبت جميع الإجراءات الاستدلالية التى قام بها فى محضر موقع عليه منه ومبين به وقت اتخاذ الإجراءات ومكان حصولها ، ويجب أن يشتمل أيضاً على توقيع الشهود والخبراء الذين سمعوا ويرسل المحضر إلى النيابة العامة مع الأوراق والأشياء المضبوطة ولا يترتب على إغفال هذا بطلان المحضر^(٢).

ولم يستلزم القانون أن يصطحب مأمور الضبط معه كاتباً وقت مباشرته للتحقيق وجمع الاستدلالات ليقوم بتدوين ما يقوم به من إجراءات بالمحضر اللهم إلا فى الأحوال التى يباشر فيها مأمور الضبط إجراء بوصفه سلطة تحقيق وليس بوصفه سلطة استدلال كما فى حالات الضرورة التى يخشى فيها عدم إمكان إعادة الإجراء بمعرفة سلطة التحقيق كسماع شهادة المجنى عليه قبل وفاته . فإجراء الاستدلال والمحضر المثبت لها تخضع دائماً لتقدير سلطة التحقيق والمحاكمة ولا تتمتع بحجية تحقیقات النيابة العامة بالنسبة لما ورد فيها من إجراءات وأقوال^(٣).

(١) د/ حسن على حسن ، شرعية الأدلة المستمدة من الوسائل العلمية ، رسالة دكتوراه ، " جامعة القاهرة " ، ١٩٨٣ ، ص ١٦٤ - د/ احمد محمود طه ، مرجع سابق ، ص ٢٥.

(٢) د/ محمد زكى أبو عامر ، مرجع سابق ، ص ١٥١ - د/ حسن ربيع ، مرجع سابق ، ص ٢٥ .

(٣) د/ محمود نجيب حسنى ، مرجع سابق ، ص ٢٥٧ - د/ رعوف عبید ، مرجع سابق ، ص ٣٠٩ - د/ محمود أبو العلا عقيدة ، مرجع سابق ، ص ٣٤١.

- ونرى من جانبنا ضرورة وجود كاتب حال تحرير محضر جمع الاستدلالات ذلك أن الواقع العملى فى محاضر الاستدلالات يقوم مأمور الضبط بسماع من يرى سماعه بكتابة ما يروق له أحياناً فى محاولة لإثبات الواقعة على شخص ما وقد يؤدى ذلك إلى إدانة برى كما أن الواقع العملى لا يقول بكتابته لكافة أقوال من يرى سماعه بل قد يكتب جزء ويترك الباقي وقد يكون الباقي من الأقوال ما يثبت التهمة أو ينفيها ومن هناك كان وجود كاتب معه ليتفرغ للكتابة أمر مهم

- د/ عصام زكريا عبد العزيز ، مرجع سابق ، ص ١٤٦.

١٦٠- ما يترتب على مخالفة وجوب تحرير محضر:

إذا كان القانون قد أوجب على مأمور الضبط تحرير محضر مثبت لجميع إجراءات الاستدلالات التي قام بها وما تم وسؤال المتهم والشهود والخبراء فهل يترتب على مخالفة هذا الواجب البطلان ، أم أن هذا الواجب نص عليه القانون على سبيل التنظيم ؟.

ذهب القضاء في المعنى الثانى باعتبار أن كل ما يجربه مأمور الضبط القضائى هو خاضع لتقدير سلطة التحقيق وسلطة المحكمة^(١).

وهذا القضاء محل نقد الفقه - بحق - لأن تحرير محضر بإجراءات الاستدلال هو واجب وظيفى له أثره فى الإثبات ، فمادام يجوز للقاضى أن يستند فى حكمه إلى إجراءات الاستدلال متى اقتنع بحصولها فإنه يتعين إثباتها فى محضر حتى تكون لها قيمتها القانونية فى الإثبات ولتكون حجة على الأمر والمؤتمر^(٢).

وإذا حرر المحضر فيجوز لمأمور الضبط القضائى أن يحرره بخط يده فليس بشرط لصحة المحضر أن يصطحب معه كاتباً ليتولى تحريره فذلك أمر لم يتطلبه القانون^(٣) ومع ذلك فإنه يتعين أن يصطحب مأمور الضبط القضائى معه كاتباً يتولى تحرير المحضر وذلك فى حالة ما إذا ندب لمباشرة إجراء من إجراءات

(١) د / مأمون محمد سلامة ، مرجع سابق ، ص ٤٧٨ - د / فوزية عبد الستار ، مرجع سابق ، ص ٢٥١ .

وفى هذا قضت محكمة النقض " أن مجرد التأخير فى تحرير محضر ضبط الواقعة لا يدل بذاته على معنى معين ويكفى أن تقتنع المحكمة من الأدلة المقدمة إليها فى الدعوى بأن التفتيش قد أجرى وأنه أسفر عما قيل أنه تحصل عنه - "

نقض ١٩٤٣/٦/٢١ ، مجموعة القواعد القانونية ، ج ٦ ، رقم ٢٢٢ ، ص ٢٩٤ - نقض ٤/٢٤ / ١٩٧٨ ، أحكام النقض ، س ٢٩ ، رقم ٨١ ، ص ٤٢٢ - نقض ٧٩/١١/٢٩ ، س ٣٠ ، رقم ١٨٢ ، ص ٨٤٥ - نقض ١٩٨٥/١٠/٢٠ ، س ٣٦ ، رقم ٦٠ ، ص ٨٩١ .

(٢) د / عمر السعيد رمضان ، مرجع سابق ، ص ٢٨٣ - د / إبراهيم حامد طنطاوى ، شرح قانون الإجراءات ، مرجع سابق ، ص ٣٨٧ - د / حسن ربيع ، مرجع سابق ، ص ٣٦١ .

(٣) نقض ١٩٣٩/٣/١٣ ، مج القواعد القانونية ، ج ٤ ، رقم ٣٥٨ ، ص ٤٨٦ ، ويكفى أن يكون المحضر قد حرر تحت إشرافه وزيل بتوقيعه " - نقض ١٩٤٣/٦/٢١ ، مج القواعد القانونية ، ج ٦ ، رقم ٢٢٥ ، ص ٣٠١ ، نقض ٥٢/٣/٣ ، أحكام النقض ، س ٣ ، رقم ٢٨٣ ، ص ٧٥٨ .

التحقيق فإن أغفل ذلك عدا محضر من قبيل محضر جمع الاستدلالات^(١).

وفى فرنسا : جعل المشرع الاختصاص بتحرير محاضر جمع الاستدلال مقصوراً على مأموري الضبط المنصوص عليهم فى المادة ١٦ أ. ج فرنسى وذلك تحت إشراف ورقابة السلطة القضائية والأفراد الذين لهم هذه الصفات هم :

(١) العمد ومساعدوهم وهؤلاء لا يمارسون السلطة المخولة لهم إلا فى نطاق مناطقهم أى فى نطاق إختصاصهم الإقليمى وذلك فى حالة غياب دوريات الشرطة أو الفرق الخاصة بالحرس وهم لديهم القدرة على الإستشعار المباشر بالمخالفات وعمل محاضر جمع الاستدلالات^(٢).

(٢) الضباط والخبراء فى الحرس القومى حيث لهم الحق فى تحرير محاضر جمع الاستدلالات حال أدائهم لمهامهم فى الحفاظ على الأمن أو إذا كانوا شهود لارتكاب مخالفة فى حالة تلبس^(٣).

(٣) المفتشين العموميون والمساعدون لمأموريات الشرطة القضائية وكذا الموظفون فى وزارة الداخلية والمدير أو مساعد المدير فى حرس وزلة الدفاع فهؤلاء مختصون بالبحث والمعاينة وكتابة محاضر جمع الاستدلالات فى المخالفات الخاصة بالطرق^(٤).

أما عمال الضبط المنصوص عليهم فى المادة ٢١ أ. ج فرنسى والذين يختصون بحماية أمن الأشخاص والممتلكات وإحترام القوانين الخاصة بالشرطة الإقليمية وبصورة عامة التنفيذ المباشر لإرشادات العمدة فى إطار سلطة الشرطة

(١) نقض ١٩٦١/٢/٢٠ ، أحكام النقض ، س ١٢ ، رقم ٤٠ ، ص ٢٣٣.

(٢) العمد المختصين بالأحياء - (أحياء باريس ، ليون ، مارسيليا) والموجودين منذ قانون ٣١ ديسمبر ١٩٨٢ والمساعدين لهم الذين يتمتعون بصفة ضباط الشرطة القضائية ... لهم الحق فى كتابة محاضر جمع الاستدلالات.

- Cass Crim, 25. Juillet, 1983, B . C no 226.

- وكذلك المساعدين الخاصين بالعمد والتي تحددت اختصاصهم من خلال المادة ١٢٢ - ٣ أ. ج فرنسى

(3) Montreuil, Jurisclasseur proc. Pén. art. 20 à 29, no 155.

(4) Natsopaulou, Op. Cit. No 17. P. 125.

ليس لديهم الصلاحية في كتابة محاضر الاستدلالات إلا بصفة استثنائية إذا ما كلفوا بذلك^(١).

وكتابة تاريخ تحرير المحضر تعنى كتابة اليوم والشهر والسنة أما ساعة تحرير المحضر فيتعين بيانها إذا كان القانون يوجب تحرير المحضر في خلال مدة معينة من ارتكاب الجريمة^(٢).

وعقب الانتهاء من تسطير محضر جمع الاستدلالات يتعين التوقيع عليه من جانب محرره وكذلك من جانب الشهود والخبراء الذين سمعوا ويسمح لهم بالاطلاع عليه قبل توقيعهم^(٣).

١٦١- قوة الإثبات لمحاضر جمع الاستدلالات :

نص المشرع في المادة ٣٠٠ من قانون الإجراءات " لا تتقيد المحكمة بما هو مدون في التحقيق الابتدائي أو في محاضر جمع الاستدلالات ، إلا إذا وجد في القانون نص على خلاف ذلك " ويتبين من هذا - أن محاضر جمع الاستدلالات تخضع كقاعدة عامة لمبدأ حرية القاضي في الإقناع من حيث إطمئنانه إلى ما ورد فيها. إلا أن ذلك لا ينفي أن هذه المحاضر محاضر رسمية صدرت عن موظف عمومي ولذلك فهي حجة من ناحية إثباتها لوقوع الإجراء ذاته غير أن هذه الحجية ليست ملزمة للمحكمة فيمكن أن تقضى على عكس ما ورد فيها من وقائع مثبتة للجريمة^(٤).

(١) Stefani, Levasseur et Bouloc, Op. Cit. P. 383.

(2) Cass Crim 9 Fév. 1821. B No. 20.

- Cass Crim, 23 Avril. 1887. B. No 156.

- وتحرير المحضر قد يكون إجباريا خلال فترة قصيرة - (مادة ١٩ أ. ج فرنسي)
وأحيانا فوراً (مادة ٦٦ أ. ج فرنسي)

- Cass Crim. 11 Fév. 1998, B.C no 55

(3) Cass Crim. 1 Mars. 1951. D. 1951. 1. 277.

(٤) د / مأمون محمد سلامة ، قانون الإجراءات الجنائية معلقا عليها بالفقه والقضاء واحكام القضاء ، مرجع سابق ، ص ٨٥٧ - د / محمود احمد طه ، مرجع سابق ، ص ٢٥.

١٦٢. أثر الإكراه على الدليل المستمد من محاضر جمع الاستدلال :

القاعدة فى القانون المصرى أن ثبوت الوقائع المشكلة لأركان الجريمة ونسبتها إلى المتهم ، أمر يتوقف على اقتناع القاضى ولم يعن المشرع بوضع تعريف محدد للمراد بالإثبات فى المسائل الجنائية إكتفاء بإيراد النصوص التى تبين قواعد الإثبات فى المواضع المخصصة للاستدلال^(١) والتحقيق الابتدائى^(٢) والمحاكمة^(٣).

ومن جانبنا نؤيد الرأى الذى ذهب إلى أن الإثبات الجنائى عبارة عن عملية تدل على حقيقة واقعة جنائية بالبحث والتتقيب عن الأدلة بالطرق المشروعة ثم تقديمها أمام السلطات المختصة بالإجراءات الجنائية وتقديرها من جانب القضاء. وهذا يعنى أن الإثبات فى المسائل الجنائية لا يقتصر على إقامة الدليل أمام قضاء الحكم فقط بل يمتد إلى إقامة أمام سلطات التحقيق ، وكذا أمام جهات الاستدلال^(٤). ومبدأ حرية القاضى الجنائى فى الإثبات يعنى أن له الحرية الكاملة فى الاستعانة بكافة طرق الإثبات التى يراها موصلة إلى الكشف عن الحقيقة فى أمر الدعوى المطروحة عليه وقد رددت محكمة النقض عندنا هذا المبدأ " أن القاضى الجنائى حر فى أن يستمد اقتناعه من أى دليل يطمئن إليه ، مادام أن لهذا الدليل مأخذه الصحيح من الأوراق ، وأن من حقه أن يأخذ فى هذا الشأن بأقوال المتهم فى حق نفسه وفى حق غيره من المتهمين وإن عدل عنها بعد ذلك مادام قد إطمأن إليها " ^(٥).

(١) المواد من ٢٤ إلى ٦٠ من قانون الإجراءات الجنائية.

(٢) المواد من ٨٥ إلى ١٢٥ من قانون الإجراءات الجنائية.

(٣) المواد من ٢٧١ إلى ٢٩٩ من قانون الإجراءات الجنائية.

(٤) د / محمد زكى أبو عامر ، مرجع سابق ، ص ٨٨٦ - د / حسن ربيع ، الإجراءات الجنائية فى التشريع المصرى ، بدون جهة نشر ، ط ١ ، ٢٠٠٠ ، ج ٢ ، ص ١٢٩.

(٥) ٩٤/٤/٥ ، أحكام النقض ، س ٤٥ ، رقم ٧٥ ، ص ٤٧٣ - نقض ٩٤/١١/٥ ، رقم ١٥١ ، ص ٩٧٦ - نقض ٩٧/٥/٢٧ ، س ٤٨ ، رقم ٩٩ ، ص ٦٦٣ - ٩٨/٣/٥ ، س ٤٩ ، رقم ٤٩ ، ص ٣١٦ - ٩٨/٤/١٣ ، رقم ٧٢ ، ص ٥٤١.

وتطبيقاً لهذا فقد ذهبت محكمة النقض إلى أن " للمحكمة أن تأخذ بأقوال الشاهد فى محضر الشرطة متى استرسلت بتقنتها إليها فإنه لا على الحكم أن هو اعتمد على شهادة الشاهد ضمن ما اعتمد عليه فى قضائه بالإدانة.

نقض ١٩٩٦/٤/١٤ ، أحكام النقض ، س ٤٧ ، رقم ٧٣ ، ص ٥١٩

٩٧/٣/٢٣ ، أحكام النقض ، س ٤٨ ، رقم ٥٥ ، ص ٣٩٠ - نقض ٩٧/١٢/٨ ، رقم ٥٥ ، ص ٣٩

- إلا أن هذه الحرية ليست مطلقة بل هي محدودة من جهتين :

من جهة يتعين على القاضى الالتزام بعدم قبول الأدلة المحظور الإلتجاء إليها فى الإثبات الجنائى كما هو الحال بالنسبة لتوجيه اليمين الحاسمة مثلاً مع أنها دليل مقبول فى المواد المدنية^(١).

ومن جهة أخرى ، تجد حرية القاضى الجنائى فى الإثبات حدوداً لها فيما يفرضه المشرع صراحة بضرورة التقيد بأدلة معينة فى الإثبات دون أن يكون فى سلطته التعويل على أنواع أخرى غيرها مثال ذلك الأدلة التى حددت للإثبات فى جريمة الزنا^(٢).

١٦٣- موقف الشريعة الإسلامية :

يوجد فى الشريعة الإسلامية خلاف فقهى حول حرية القاضى الجنائى فى الإثبات والاقتناع فهل هو حر فى تكوين عقيدته من أى دليل يراه كافياً لاقتناعه أو أنه مقيد فى ذلك بأدلة معينة وردت بها النصوص ؟

ويكمن أساس هذا الخلاف الفقهى فى تفسير معنى البينة فى حديث رسول الله (ﷺ) - "البينة على من أدعى واليمين على من أنكر"^(١) وينحصر هذا الخلاف

(١) حيث انه من المقرر بنص المادة ٢٢٥ أ. ج "تتيح المحاكم الجنائية فى المسائل غير الجنائية التى تفصل فيها تبعاً للدعوى الجنائية طرق الإثبات المقررة فى القانون الخاص بتلك المسائل " وقد قضى فى هذا " حق القاضى فى تكوين عقيدته من أى دليل أو قرينة يرتاح إليها مادام لم يقيد القانون بدليل معين " نقض ٩٧/١/٢٣ ، أحكام النقض ، س ٤٨ ، رقم ٢٠ ، ص ١٣٩ - نقض ٩٨/٣/٢ ، س ٤٩ ، رقم ٤٧ ، ص ٣٠٠.

(٢) تنص المادة ٢٧٦ عقوبات على أن " الأدلة التى تقبل وتكون حجة على المتهم بالزنا هى القبض عليه حين تلبسه بالفعل أو إقراره أو وجود مكاتيب أو أوراق أخرى مكتوبة منه أو وجوده فى منزل مسلم فى المحل المخصص للحريم " - فالمستفاد من النص أن المشرع قيد إثبات وقوع الجريمة فى جانب شريك المرأة بأدلة معينة هى التلبس بالفعل ، أو الإقرار ، أو المكاتيب أو الأوراق المكتوبة منه أو وجوده فى منزل مسلم فى المحل المخصص للحريم. نقض ٩٣/٩/١٦ ، أحكام النقض ، س ٤٤ ، رقم ١١٣ ، ص ٧٢٦ - نقض ٩٧/٥/١٥ ، س ٤٨ ، رقم ٨٥ ، ص ٥٦٤ - مزيد من التفصيل د / عبد الوهاب عمر البطراوى ، النظرية العامة لجريمة الزنا ، "رسالة دكتوراه" ، جامعة القاهرة ، ١٩٨٨ ، ط ٢ ، ص ٥١٨ - وما بعدها.

(١) قال سعيد بن المسيب من عرف المدعى والمدعى عليه لم يلبس عليه ما يحكم بينهما قال : والمدعى من يقول : قد كان كذا والمدعى عليه من يقول : لم يكن. وقال غيره : المدعى هو

في مذهبين رئيسيين .

الأول : مذهب جمهور الفقهاء ومن تبعهم (الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة) وهم يرون أن البينة يقصد بها الشهود. ويستدل أيضا هذا المذهب على صحة رأيهم بما ذكره القرآن الكريم في قوله تعالى (والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة)^(٢) وقوله جل شأنه (فإذا بلغن أجلهن فامسكوهن بمعروف أو فارقوهن بمعروف واشهدوا ذوي عدل منكم وأقيموا الشهادة لله)^(٣) ولقد حصر أنصار هذا المذهب وسائل الإثبات في المواد الجنائية في الشهادة والإقرار^(٤).

ويستدلون بأحاديث الرسول (ﷺ) " عن علقمة بن وائل عن أبيه قال : " جاء رجل من حضر موت ورجل من كندة إلى النبي (ﷺ) فقال الحضرمي : يا رسول الله : إن هذا قد غلبني على أرض لي كانت لأبي ، فقال الكندي : هي أرض في يدي أزرعها ، ليس له فيها حق ، فقال رسول الله (ﷺ) للحضرمي : " ألك بينه؟ " قال : لا ، قال " فلك يمينه . فقال : يا رسول الله ، الرجل فاجر لا يبالي على ما حلف ، وليس يتورع من شيء . فقال : " ليس لك منه إلا ذلك " ^(٥). وعن ابن عباس رضي الله عنهما " أن هلال ابن أمية قذف امرأته عند النبي (ﷺ) بشريك بن سمحاء فقال النبي " البينة أوحد في ظهرك " ^(٦).

الطالب والمدعى عليه هو المطلوب وقال المحققون ان المدعى هو من كان قوله اضعف لخروجه عن معهود أو لمخالفة أصل والمدعى عليه هو من ترجح قوله بعادة أو موافقة أصل أو قرينه ، فالأصل كمن أن له مالا على رجل فضعف قول الطالب وهو مدع وترجح قول المطلوب وهو المدعى عليه لأن الأصل براءة الذمة فلو كان الحق ثابتا وقال قد دفعته صار مدعيا لأن الأصل براءة من الذمة من الدفع ولأن الأصل بقاءه عنده لأن الأصل بقاء ما كان على ما كان إلا أن كان عرف وقبض خلاف ذلك... لأبن حذى ، القوانين الفقهية ، المكتب الثقافية " بيروت " ، ص ١٩٧ - علاء الدين السمر قندى ، تحفة الفقهاء ، دار الكتب العلمية " بيروت " ج ٣ ، ص ١٨٢.

(٢) سورة النور آية رقم (٤)

(٣) سورة الطلاق آية رقم (٢)

(٤) د/ أحمد أبو القاسم أحمد ، مرجع سابق ، ص ٤٦١ - د / محمد السعيد عبد الفتاح ، مرجع سابق ، ص ٣٠٥.

(٥) عبد العزيز حمد آل مبارك الاحسائي ، تبیین المسالك لتدريب السالك الى اقرب المسالك ، مرجع سابق ، ص ٣٣.

(٦) عبد العزيز احمد ابن شعيب النسائي ، سنن النسائي ، المطبعة المصرية ، بدون تاريخ ، ج ٦ ، ص ١٧٢.

الثانى : مذهب ابن تيمية وابن القيم

يذهب ابن تيمية وابن القيم إلى أن البينة كما وردت فى النصوص يقصد بها الحجة والدليل بصفة عامة ولم يقصد بها الشهود وحدهم فالبينة هى اسم لكل ما يبين الحق فهى أعم من البينة فى اصطلاح الفقهاء حيث خصوها بالشاهد أو اليمين .

واستدلوا على ذلك :

(١) جعل رسول الله (ﷺ) الفراش قرينة على ثبوت النسب من صاحبه ، وذلك فى قوله صلوات الله عليه " الولد للفراش (١) وللعاهر (٢) الحجر " (٣) .

وقد استدلوا من هذا الحديث على أن الزانى لو استلحق ولد المرأة التى زنا بها ولم تكن المرأة ذات فراش أنه يلحق ويثبت نسبه منه ما دام لم يكن هناك فراش يعارضه (٤) .

(٢) أن رجلين اختصما إلى رسول الله (ﷺ) - فى دابة ، ليس لواحد منهما بينه ، فجعلها بينهما نصفين (٥) .

وبهذا يدل على أنه . (ﷺ) - قضى بمقتضى القرينة لعدم وجود مرجح لبينة أحدهما على الآخر .

(٣) جعل النبى (ﷺ) - السكوت من جانب البكر إذنا فى زواجها ، وإماره على رضاها ، وذلك فى قوله عليه السلام : " لا تتكح الأيم حتى تستأمر ، ولا تتكح البكر حتى تستأذن " قالوا وكيف إزنها ؟ قال : أن تسكت - وفى رواية "

(١) أى لصاحب الفراش ، وهو الزوج ، فإن كلا من الزوجين يسمى فراشا للأخر كما سمي كل واحد منهما لباسا للأخر ... المصباح المنير ، مرجع سابق ، " مادة فراش " .

(٢) العاهر : الزانى ، ويقال عهد الى امرأة إذا اتاها ليلا للفجور بها .

(٣) " للعاهر الحجر " : أى لاحق له فى النسب ، كقولهم : له التراب أى لا شىء له ... فيض القدير ، مرجع سابق ، ح ٦ ، ص ٢٧٧ .

(٤) أحمد ابراهيم بك ، طرق الإثبات الشرعية ، مرجع سابق ، ص ٤٦٧ .

(٥) السيد سابق ، مرجع سابق ، ح ٤ ، ص ٢٤٩ .

البنت أحق بنفسها من وليها ، والبكر تستأذن ، وإنها سكوتها" (١) .

والقرائن السابقة يمكن أن تسمى القرائن الشرعية وهي تلزم القاضي بمعنى أن دور القاضي يقتصر على مدى التحقق من انطباق القرينة الشرعية على واقعة الدعوى ثم يطبق قواعدها متى توافرت شرائطها (٢) .

ومن جانبنا نؤيد الرأي الأول باعتبار أن أدلة القائلين بأن المقصود بالبينة " الشهادة والإقرار " لقوة الحجة وعدم توجيه نقد إليها يضعف دلالتها بالإضافة إلى ضعف أدلة المانعين مما جعلها غير قادرة على الإقناع. خاصة وأن العمل بالرأي الأول فيه حفاظ على حقوق الناس من التعرض للضياع ومنعاً للمعتدين من سلبها وتحرص الشريعة الإسلامية على تطلب مشروعية دليل الإدانة وعلى أن تتكون عقيدة القاضي من أدلة تم الوصول إليها بواسطة إجراء صحيح وقد روى أن سيدنا عمر بن الخطاب - رضى الله عنه - كان يمر ليلة في المدينة فسمع صوتاً في بيت فارتاب في أن صاحب الدار يرتكب محرماً ، فتسلق المنزل وسور الحائط ورأى رجلاً وإمرأة ومعهما رق خمر ، فقال له : يا عدو الله أظننت أن الله يسترك وأنت على معصية وأراد أن يقيم عليه الحد فقال له الرجل لا تتعجل يا أمير المؤمنين إن كنت عصيت الله في واحدة فقد عصيته أنت في ثلاث : قال الله تعالى (ولا تتجسسوا) وأنت تجسسست ، وقال الله تعالى (وأتوا البيوت من أبوابها) وأنت تسورت وصعدت الجدار ونزلت منه ، وقال تعالى (ولا تدخلوا بيوتاً غير بيوتكم حتى تستأنسوا و تسلموا على أهلها) وأنت لم تسلم فخلج سيدنا عمر وبكى ، وقال للرجل : هل عندك من خير إن عفوت عنك ، قال نعم ، قال له أذهب عفوت عنك (٣) .

(١) منصور على ناصف ، التابع الجامع للأصول في أحاديث الرسول ؟ مطبعة عيسى الحلبي ،

ط ٢ ، ح ٢ ، ص ٢٦٦

(٢) د/ هلالى عبد اللاه احمد ، النظرية العامة للإثبات في المواد الجنائية ، رسالة دكتوراه ، كلية

الحقوق " جامعة القاهرة " ، ١٩٨٤ ، ص ٩٨٢

(٣) د / محمد السعيد عبد الفتاح ، مرجع سابق ، ص ٣٠٤ .

وكان عمر بن الخطاب قد دخل على قوم يتعاقرون على شراب ويوقدون
فى اخصاص. فقال: نهيتكم عن المعاقرة فعاقرتم ، ونهيتكم عن الإيقاد فى
الاخصاص فأوقدتم . فقالوا : يا أمير المؤمنين : قد نهاك الله عن التجسس
فتجسسست، ونهاك عن الدخول بغير إذن فدخلت : فقال عمر : هاتان بهاتين
وانصرف (٢).

وهكذا يتبين لنا أن الإسلام لا يعول على الدليل المستمد من إجراء غير
مشروع لأنه دليل تم الحصول عليه على حساب قيم العدالة وأخلاقياتها ومقتضيات
الحفاظ على الكرامة البشرية للمتهم وحقه فى الدفاع وهو بهذا الوصف إجراء غير
مشروع ومن ثم غير مقبول فى الإثبات.

(٢) د / القطب محمد القطب ، الإسلام وحقوق الإنسان " دراسة مقارنة " ، بدون جهة نشر ،
١٩٨٤ ، ص ٢٩٢.

المبحث الثالث

الإجراءات المقيدة لحرية الأشخاص في مرحلة الاستدلال

١٦٤- تمهيد وتقسيم :

كان موضوع الاستيقاف من أهم الموضوعات التي نوقشت في المؤتمر الدولي الذي عقدته مدرسة القانون بجامعة نورث وسترن في أوائل عام ١٩٦٠ بمناسبة عيدها المئوي^(١).

وكان أهم سؤال طرح في المؤتمر حول مدى أحقية رجل الضبط في استيقاف أى شخص لا تتوافر ضده دلائل كافية تبرر القبض ، وذلك للتحقق من شخصيته وسبب تواجده إذا كان مظهره أو سلوكه قد أثار شكوك رجل الشرطة لأسباب معقولة وقد انتهى المؤتمر إلى أنه لا يوجد تعريف دقيق لسلطات الشرطة في الاستيقاف بمعناه الصحيح والفرق بينه وبين التحفظ.

وعليه سنتناول تقييد حرية الأفراد دون أن يكون مقبوضاً عليهم ، أى الإستيقاف والتحفظ من خلال مطلبين .

المطلب الأول : استيقاف الأشخاص

المطلب الثاني : التحفظ

(1) The Journal of Crim Law, Greminology and police science vol. 51, No.4, 1960, P. 386-440

... أشار إليه د / ممدوح إبراهيم السبكي ، حدود سلطات مأمور الضبط القضائي في التحقيق « دار النهضة العربية ، ١٩٩٨ ، بند ١٦٥ ، ص ٢٢٥ .

المطلب الأول الاستيقاف

١٦٥- تعريف الاستيقاف فقها :-

يجوز لرجال السلطة العامة سواء كانوا من رجال الضبطية القضائية أو من غيرهم ، إستيقاف الأشخاص للتحقق من شخصياتهم ، بوصفه إجراء من إجراءات منع وقوع الجرائم^(١). فالإستيقاف لا يعدو أن يكون مجرد إيقاف إنسان وضع نفسه طواعية وإختياراً موضع الريب والظن ، وكان هذا الوضع ينبئ عن ضرورة تستلزم تدخل المستوقف للتحري والكشف عن حقيقته وذلك بسؤاله عن اسمه وعمله ومحل إقامته ووجهته^(٢) وعرفه رأى آخر بأنه مجرد ، إيقاف عابر السبيل عند الضرورة لتوافر شبهات كافية لسؤاله عن اسمه وعنوانه ووجهته^(٣) وعرفه رأى أخير بأنه إجراء بمقتضاه يحق لرجل السلطة العامة أن يوقف الشخص ليسأله عن هويته وعن حرفته ومحل إقامته ووجهته إذا اقتضى الحال^(٤).

وعلى الرغم من تعدد التعريفات التى أعطاها الفقه للإستيقاف إلا أنها جميعاً لا تخرج عن تعريفه بأنه " إجراء إدارى يستلزم تدخل رجل السلطة العامة إذا ما وضع الشخص نفسه طواعية واختياراً موضع الريب والظن وذلك للتحري والكشف عن حقيقته "

١٦٦- تعريف محكمة النقض :

هذا وقد عرفت محكمة النقض الإستيقاف بأنه " إجراء يقوم به رجل السلطة العامة على سبيل التحري عن الجرائم وكشف مرتكبيها. ويسوغه اشتباه تبرره الظروف مما يستقل به قاضى الموضوع بغير معقب ، وهو أمر مباح لرجال

(١) د / عبد الرؤوف مهدى ، مرجع سابق ، ص ١٨٦.

(٢) د / محمود نجيب حسنى ، مرجع سابق ، ص ٥٦٩ - د / فوزية عبد الستار ، مرجع سابق ، ص ٢٦٢

(٣) د / رؤوف عبید، المشكلات العملية الهامة فى الإجراءات الجنائية ، مرجع سابق ، ص ٢٤١.

(٤) د / مأمون محمد سلامة ، قانون الإجراءات معلقاً عليها بالفقه واحكام القضاء ، مرجع سابق، ص ٢٤١.

السلطة العامة إذا ما وضع الشخص نفسه طواعية منه واختياراً في موضع الريب والظن وكان هذا الوضع ينبئ عن ضرورة تستلزم تدخل المستوقف للتحري والكشف عن حقيقته عملاً بحكم المادة ٢٤ من قانون الإجراءات الجنائية " (١).

ومع ذلك فإن محكمة النقض توسعت في السلطات المترتبة على الاستيقاف فأجازت لرجل السلطة العامة اقتياد المستوقف إلى قسم الشرطة للتحري عنه (٢) وهو توسع لا سند له في القانون لأنه عمل ينطوي على تعطيل لحرية المشتبه فيه الشخصية فهذا هو القبض بمعناه القانوني والذي لم تجزه المادة ٣٤ من قانون الإجراءات إلا لرجل الضبط القضائي وبالشروط المنصوص عليها فيها وإذا كان الاقتياد في أعقاب الاستيقاف غير جائز فمع ذلك يكون جائزاً متى أعقب الاستيقاف تخلي اختيارى عن جسم الجريمة بما يؤدي إلى نشوء حالة التلبس وفي هذا قضت محكمة النقض " أن التلبس بالجريمة عنصر لاحق للاستيقاف غير منفصل عنه ونتيجة مستمدة منه . عدم إبداء المحكمة رأيها في صحة الاستيقاف تسويغاً للقبض على الطاعن - قصور " (٣).

(١) نقض ١٩٦٨/٣/١٨ ، أحكام النقض ، س ١٩ ، رقم ٦ ، ص ٣٢٨ - نقض ١٩٧٠/١/١٢ ، س ٢١ ، رقم ١٨ ، ص ٧٤ - نقض ١٩٦٨/١/٥ ، س ٧٦ ، رقم ٤ ، ص ٣٤ - نقض ١٩٧٩/١/٢٥ ، س ٣٠ ، رقم ١٥٩ - نقض ١٩٦٨/٤/٢١ ، س ٩٦ ، رقم ٧٧ ، ص ٥٥١ .

(٢) ١٩٥٨/١/٢٠ ، أحكام النقض ، س ٩ ، رقم ١٢ ، ص ٥٤ - نقض ١٩٦٠/٥/٢ ، س ١١ ، رقم ٧٩ ، ص ٣٣٩ - نقض ١٩٧٤/٢/١٠ ، س ٢٥ ، رقم ٢٦ ، ص ١١١ .

(٣) ١٩٨٨/٤/٧ ، أحكام النقض ، س ٣٩ ، رقم ٨٤ ، ص ٥٥٥ - وقد قضت محكمة النقض " أنه إذا كانت هناك شبهات ظاهرة حيث وضع المتهم نفسه موضع الريبة والشك إختياراً وطواعية بتنقله من مكان لآخر فوق رصيف المحطة بشكل ملفت للنظر ويثير الشبهة مما يوفر مبرراً لاستيقافه لاستكناه أمره والتحقيق من شخصيته ومن ثم فإن طلب رجل الضبط من المتهم بطاقة الشخصية في هذه الظروف ثم الإمساك به عند محاولته الفرار بعد تظاهره بإيرازها من ملابسه والذي ثبت بعد ذلك أنه مسجل سرقات يعد استيقافاً لا قبضاً فإذا ثبت أنه لا يحمل بطاقة شخصية تكون جريمة عدم تقديم البطاقة متلبساً بها ومن ثم يحق لرجل السلطة اقتياده إلى مأمور الضبط لاستيضاحه والتحري عن حقيقة أمره وقيام رجل الضبط بهذا الإجراء رغم أن الجريمة ليس معاقباً عليها بالحبس مدة تزيد على ثلاثة أشهر يعد مجرد تعرض مادي فإذا ما عثر الضابط عند تفتيشه وقائياً على لفاقتى المخدر بجيب سترته اليمنى وكانت بهذا الحجم فإن الإجراء يكون صحيحاً - نقض ١٩٩٦/٤/٢١ ، أحكام النقض ، س ٤٧ ، رقم ٧٧ ، ص ٥٥١ .

كما أنه من المقرر أيضاً " إذا كان تخلى المشتبه فيه عما فى حيازته كان على غير إرادته وإنما نتيجة إكراه مادي كانتزاع الشئ من يده أو إكراه معنوى كتهديده بإطلاق النيران عليه إذا لم يتخل عما بحيازته فلا يكون التخلي مشروعاً - فإذا كشف التخلي عن حالة تلبس كانت باطلة وبطل معها إجراءات القبض والتفتيش (٢).

١٦٧- حالات تتوافر فيها مبررات الإستيقاف :

ذهبت محكمة النقض إلى توافر مبررات الإستيقاف وما يترتب على ذلك من مشروعية فى حالات متعددة منها.

" إذا كانت المحكمة قد أثبتت بما أوردته من ظروف الدعوى أن المتهم كان يسير بسيارته مخالفاً للوائح بسيره فى شوارع المدينة بسرعة أكثر مما يستلزمه حسن القيادة فى مثل هذه الظروف الأمر الذى هو مما يجب على ضباط البوليس مراعاة تنفيذه فإن إستيقافه السيارة لاتخاذ ما يلزم بشأنها يكون صحيحاً " (٢).

(١) أحكام النقض ، س ١٧ ، رقم ٣٢ ، ص ١٧٥ - وعليه قضت محكمة النقض " سقوط لفافة المخدر عرضاً من المتهم لا يعتبر تخلياً منه عن حيازتها . عدم استبانة الضابط محتوى لفافة إلا بعد أن قضى - لا يوفر حالة التلبس نقض ١٩٩١/٢/١٩ ، أحكام النقض ، س ٤٢ ، رقم ٥٠ ، ص ٣٧٢ .

(٢) نقض ١٩٥٩/١٠/٦ ، أحكام النقض ، س ١٠ ، رقم ١٦٤ ، ص ٧٦٧ . ولكن لا يترتب على اعتبار المتهم متلبساً بجريمة قيادة السيارة بسرعة أكثر من المسموح به قانوناً أية سلطة لمأمور الضبط القضائى فى القبض والتفتيش لأن هذه الجريمة غير معاقب عليها بعقوبة الحبس مدة تزيد على ثلاثة أشهر ... عدلت مادة العقوبة . المادة ٧٥ من قانون المرور بموجب القانون رقم ١٥٥ لسنة ١٩٩٩ " مع عدم الإخلال بالتدابير المقررة فى هذا القانون أو بأية عقوبة أشد فى أى قانون آخر يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على ثلاثة أشهر وبغرامة لا تقل على مائة جنيه ولا تزيد على خمسمائة جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من ارتكب فعلاً من الأفعال الآتية :

١- قيادة مركبة آلية بسرعة تجاوز الحد الأقصى للسرعة المقررة

٢- ٣- ٤- ٥- ٦- ٧- ٨-
٩- ١٠-

وفى جميع الأحوال تضاعف العقوبة عند ارتكاب فعل من ذات نوع الجريمة الأولى خلال ستة شهور من ارتكابها .

كما يعد من قبيل الاستيقاف طلب ضابط الشرطة بطاقة شخص لاستكناه أمره " (١) وكذا في " إشارة رجل الضبطية القضائية لقائد الموتوسيكل بالوقوف وعدم امتثاله لذلك بل زاد من سرعته محاولاً الفرار مع علم الضابط بأنه يقوم بنقل كمية من المخدرات يعد إستيقافاً قانوناً له ما يبرره من الظروف " (٢) ويعد إستيقافاً له ما يبرره ما انتاب رجل الضبط من ريب وظن بشأن تصرف الطاعنين عندما كانا يسيران بحالة تدعو إلى الاشتباه ويبد أحدهما جوالاً ولما اقترب منهما وطلب منهما التوقف إذا بالفرار تاركين الجوال الذي كان يحمله أحدهما ، فإن مثل هذه الإمارات تبيح له إستيقاف الطاعنين للتحري والكشف عن حقيقة أمرهما (٣).

١٦٨- حالات تنتفى عنها مبررات الإستيقاف :-

استقر قضاء النقض على انتفاء مبررات الاستيقاف " إذا كان المخبر قد اشتبّه في أمر المتهم لمجرد تلفته في الطريق وهو أمر لا يتنافى مع طبائع الأمور ولا يؤدي إلى ما يتطلبه الإستيقاف من مظاهر تبرره ، فإن الاستيقاف على هذه الصورة هو القبض الذي لا يستند إلى أساس في القانون فهو باطل (٤).

كما قضت بانتفاء مبررات الاستيقاف في واقعة تتلخص في ارتباك شخص بداخل مقهى عند رؤيته ضابطين يدخلانه ثم قيامه بمد يده إلى جيب صديريه محاولاً الخروج ثم عدوله عن ذلك فليس في كل ذلك ما يدعو إلى الاشتباه لأنه لا يتنافى مع طبيعة الأمور (٥).

١٦٩- آثار الإستيقاف :-

متى توافرت مبررات الإستيقاف جاز لرجل السلطة العامة إستيقاف المشتبه فيه لسؤاله وسؤال المستوقف مقيد بقيدين : الأول : ألا يتجاوز الاستيقاف زمنياً الوقت اللازم لسؤال المستوقف وتلقى الجواب وإلا عد قبضاً وهو أمر محظور على

(١) ١٩٧٠/١٠/٥ ، أحكام النقض ، س ٢١ ، رقم ٩ ، ص ٤٣.

(٢) ١٩٧١/١١/٨ ، أحكام النقض ، س ٢٢ ، رقم ١٥٢ ، ص ٦٣١.

(٣) ١٩٩٨/٣/٣١ ، أحكام النقض ، س ٤٩ ، رقم ٦٤ ، ص ٤٩٤.

(٤) ١٩٥٧/١٢/٣٠ ، أحكام النقض ، س ٨ ، رقم ٢٧٣ ، ص ٩٩٨.

- نقض ١٩٦٠/٥/٣٠ ، س ١١ ، رقم ٩٦ ، ص ٥٠٥.

(٥) ١٩٦٢/٤/١ ، أحكام النقض ، س ١٣ ، رقم ٨٥ ، ص ٣٣٩.

رجال السلطة العامة من غير مأموري الضبط إلا في الحدود التي بينها المادة ٣٨ كما أنه محظور على مأمور الضبط القضائي مادام لم تتوافر حالة من الحالات الواردة في المادتين ٣٤ ، ٣٥ إجراءات^(١).

الثاني : ألا ينطوي الاستيقاف على مساس بالحرية الشخصية وإلا كان الإجراء قبضا لا إستيقافا وهو ما يترتب عليه بطلانه^(٢).

كما أنه لا يجب تفتيش شخص المتهم بحثا عن جسم الجريمة حتى ولو كان التفتيش وقائيا والقول بغير ذلك معناه إهدار الخيط الرفيع الذي يفصل بين القبض والإستيقاف^(٣) ويترتب على ذلك أنه إذا قام رجل السلطة العامة بتفتيش المشتبه فيه فأسفر ذلك عن أدلة جديدة كان الإجراء باطلا ولا يقوم به حالة التلبس^(٤) وأن الرأي القائل بعدم تفتيش الشخص وقائيا بناء على الاستيقاف^(٥) يكون قد أصاب عين الحقيقة لأن التفتيش كالقبض إجراء من إجراءات التحقيق ولا يجوز الإلتجاء

(١) وفي هذا قضت محكمة النقض بأنه متى كان المخبران قد استوقفا المتهم وهو سائر في الطريق وأمسكا بذراعيه واقتاداه على هذا الحال الى مركز البوليس فإن ما قاما به ينطوي على تعطيل لحرية الشخصية فهو القبض بمعناه القانوني المستفاد من الفعل الذي يقارفه رجل السلطة في حق الأفراد والذي لم تجيزه المادة ٣٤ من قانون الإجراءات الجنائية إلا لرجال الضبط القضائي وبالشروط المنصوص عليها فيها ... نقض ١٩٥٧/١٠/٨ ، أحكام النقض ، س ٨ ، رقم ٧٦٥ ، ص ٢٠٥.

(٢) نقض ١٩٥٩/١/٢٧ ، أحكام النقض ، س ١٠ ، رقم ٢٥ ، ص ١١٢ - نقض ١٩٦٠/١/١٣ ، س ١١ ، رقم ١١ ، ص ٥٢ ، فإذا كان رجل السلطة العامة قد استوقف المتهمين وامسك بأحدهم واقتاده إلى مكان قضاء فذلك قبض صريح ليس له ما يبرره ولا سند له في القانون ١٩٦١ ، س ١١ ، رقم ٩٦ ، ص ٥٠٥ .

- د / إبراهيم حامد طنطاوي ، شرح قانون الإجراءات الجنائية ، مرجع سابق ، ص ٣٩٢ - د/ عبد الرؤوف المهدي ، مرجع سابق ، ص ١٨٨ .
- د / احمد إبراهيم احمد ، افتراض براءة المتهم ، رسالة دكتوراه " جامعة القاهرة " ، ١٩٨٤ ، ص ٣٥٢ .

(3) Merele (R) et vitu (A), Op. Cit . P. 319.

(٤) د / هلالى عبد اللاه ، المركز القانوني للمتهم في مرحلة التحقيق الابتدائي ، دار النهضة العربية ، ط ١ ، ١٩٨٩ ، ص ٣٩٣ .

(٥) د/ رؤوف عبيد ، المشكلات العلمية الهامة في الإجراءات الجنائية ، مرجع سابق ، ص ٢٣٩ - د / ممدوح إبراهيم السبكي ، مرجع سابق ، ص ٢٣٣ .

إليه إلا إذا توافرت مبرراته ولو قررنا أن الاستيقاف يجيز للتفتيش ولو وقائياً لاخبط مفهوم الاستيقاف بمفهوم القبض ولا أصبح القبض جائزاً بدون توافر شروطه وهو ما يشكل إعتداء على حرية المتهم.

١٧٠- رأينا في الموضوع:

بادئ ذي بدء لابد من وضع مادة تنظم حالات الاستيقاف وكيفية مباشرته أسوة بالتشريعات العربية ولا يكفي الارتكان إلى نص المادة " ٢٤ أ. ج " يجب على مأموري الضبط القضائي ... ويجب عليهم وعلى رؤسهم أن يحصلوا على جميع الإيضاحات ويجروا المعاينات اللازمة لتسهيل تحقيق الوقائع التي تبلغ إليهم

ومن ناحية أخرى نرى أن محكمة النقض قد توسعت في قضائها وأجازت لرجل السلطة العامة مباشرة سلطات لا سند لها في القانون والاقتياد المادي في حقيقته تعرض مادي لحرية المستوقف لم يصرح به المشرع إلا في أحوال القبض وفقاً لنص المادة ٣٤ أ. ج - إضافة إلى تعارضه مع نصوص الدستور حيث نصت المادة ٤٠ منه " لا يجوز القبض على أي إنسان أو حبسه إلا بأمر من السلطة المختصة بذلك قانوناً.

وأخيراً يجب أن يؤخذ بعين الاعتبار أن الاستيقاف يجب ألا يترتب عليه تفتيش المشتبه فيه وقائياً لأن هذا إهدار للخيط الفاصل فيما بينه وبين القبض ولأن المشاهد عملياً توسع رجل السلطة العامة للاستيقاف بصورة تتطوى على افتتات على حرية الأفراد^(١).

(١) وهذا ظاهر من الدراسة التي أجريت من أن الحصول على بيانات لواقعة الاقتياد إلى قسم الشرطة لمحضر السؤال كان على النحو التالي.

النسبة المئوية	العدد	الاقتياد للسؤال
٥٤,٧	٤٤٥	نعم
٤٤,٨	٣٦٨	لا
٠,٥	٤	غير مبين
١٠٠	٨١٧	المجموع

ويبدو من الجدول أن أكثر من نصف الحالات كان الاقتياد فيها لقسم الشرطة لمجرد السؤال عن الواقعة المشتبه في أمرها (٤٤٥) ٥٤,٧ % وإن الباقي (٣٦٨) ٤٤,٨ % كان الاقتياد لغير-

١٧١- مفهوم الإستيقاف فى القانون الفرنسى :

لا يجيز القانون الفرنسى لرجل الشرطة أن يستدعى أى شخص من الطريق ليسأله عن هويته لمجرد أن مظهر الشخص يثير إشتباهه غير أن هناك قدرا معينا لرجل الشرطة الفرنسى لممارسة اختصاصه وهذا القدر يمارسه رجل الشرطة فى حدود واجبه وهو كاف ولا حاجة إلى توسع سلطاته وأن عدم إبراز الشخص تحقيق شخصيته وقت طلبه يجيز لرجل البوليس مباشرة مهمته بالقبض الإدارى أى الإقتياد المادى (١).

ذلك وهذه نتيجة لها أهميتها. وتبدو أهمية هذه النتيجة أيضا بالنسبة للتحليل التالى الخاص بإطلاق سراح المتهم بعد خضوعه للسؤال.

هل أطلق سراح المتهم	العدد	النسبة المئوية
نعم	٢٩٤	٦٦,٢
لا	١٥١	٣٣,٨
المجموع	٤٤٥	١٠٠

ويتضح من هذا أن حوالى ضعفى الإجابات كانت لمتهمين تم إطلاق سراحهم بعد السؤال فى قسم الشرطة (٢٩٤) ٦٦,٢ % ، دون أن تحولهم الشرطة إلى النيابة العامة وهذه الظاهرة تؤكد أن القبض الفعلى يتم بإقتياد الشخص الى قسم الشرطة ثم يطلق سراحه بدون أن تكون هناك دلائل كافية على أنه قد ارتكب جريمة

د / حسن صادق المرصفاوى ، معايير القبض " دراسة ميدانية " ، المجلة الجنائية القومية ، س١٣ ، ١٩٧٠ ، ١٤ ، ص ١٩ ،

(1) Vouin (Robert), Police Detention and arrest priveleyes en France, J. Crim. L. C. &

P. S., vol . 51, 1960, P. 421.

- Lambert, Op. Cit., P. 358.

ومن التشريعات العربية ما نظمت الاستيقاف كالمادة ١٢ بحرينى ، ٢٦ سودانى ، ٥٢ كويتى ، ١٤ يمنى.

المطلب الثانى

التحفظ على الأشخاص

١٧٢- ماهية التحفظ فى التشريع المصرى :-

كان قانون الإجراءات الجنائية لدى صدوره فى سنة ١٩٥٠ يمنح مأمورى الضبط القضائى سلطة واسعة فى القبض على المتهمين ، ولم تكن هذه السلطة مقصورة على حالة التلبس بالجريمة ، بل كانت تشمل حالات عديدة بينها المادة ٣٤ أ. ج قبل تعديلها ^(١) ولما صدر الدستور الحالى فى سنة ١٩٧١ نص فى المادة ٤١ منه على حظر القبض على الأشخاص أو تقييد حريتهم بأى قيد فى غير حالة التلبس إلا بأمر من سلطة التحقيق ، وقد اقتضى ذلك إدخال تعديل على قانون الإجراءات فعُدل نص المادة ٣٤ بالقانون رقم ٣٧ لسنة ١٩٧٢ ^(٢) بحيث أصبح حق مأمورى الضبط القضائى فى القبض مقصوراً على حالة التلبس بالجنايات والجنح بشروط معينة وحذف من النص ما عدا ذلك من حالات ثم بدا للمشرع أن يستبدل بالقبض نظاماً جديداً - هو التحفظ - فأضاف إلى المادة (٣٥) فقرة ثانية تنص على ما يلى :

" وفى غير الأحوال المبينة فى المادة السابقة إذا وجدت دلائل كافية على اتهام شخص بارتكاب جناية أو جنحة سرقة أو نصب أو تعد شديد أو مقاومة لرجال السلطة العامة بالقوة أو العنف ، جاز لمأمورى الضبط القضائى أن يتخذ الإجراءات

- (١) كانت المادة ٣٤ إجراءات جنائية قبل تعديلها تنص على أنه " لمأمورى الضبط القضائى أن يأمر بالقبض على المتهم الحاضر الذى توجد دلائل كافية على اتهامه فى الأحوال الآتية :
- أولاً : فى الجنايات. ثانياً : فى أحوال التلبس بالجنح إذا كان القانون يعاقب عليها بالحبس لمدة تزيد على ثلاثة اشهر. ثالثاً : إذا كانت الجريمة جنحة معاقباً عليها بالحبس وكان المتهم موضوعاً تحت مراقبة البوليس أو كان قد صدر إليه إنذاراً باعتباره متشرداً أو مشتبهاً فيه ولم يكن له محل إقامة ثابت ومعروف فى مصر. رابعاً : فى جنح السرقة والنصب والتفالس والتعدى الشديد ومقاومة رجال السلطة العامة بالقوة أو العنف والقيادة والاتجار بالنساء والأطفال وانتهاك حرمة الآداب وفى الجنح المنصوص عليها فى قانون تحريم زراعة المواد المخدرة أو الاتجار فيها أو حيازتها أو استعمالها د / عمر السعيد ، مرجع سابق ، ص ٣١٠ - د / عوض محمد ، الوجيز فى قانون الإجراءات الجنائية ، دار المطبوعات الجامعية ، بدون تاريخ نشر ، ج ١ ، ص ٢٠٩.
- (٢) المنشور بالجريدة الرسمية العدد ٣٩ والصادر فى ٢٣ سبتمبر ١٩٧٢.

التحفظية المناسبة ، وأن يطلب فوراً من النيابة العامة أن تصدر أمراً بالقبض عليه (١).

والمراد بالإجراءات التحفظية هنا مجموعة إجراءات احتياطية مؤقتة يتخذها مأمور الضبط القضائي للحيلولة دون هرب المتهم أو تأثيره على أدلة الاتهام إلى أن يتم عرض الأمر على النيابة العامة لإستصدار أمر بالقبض عليه.

ومن أمثلة الإجراءات التحفظية إقامة حراسة على مسكن المتهم لمنعه من مغادرته أو إقتياده إلى مركز الشرطة وإحتجازه به لفترة قصيرة أو تجريده من سلاح أو شئ يحمله وتتبع ظروف الحال باحتمال أن تكون له علاقة بالجريمة. وهذه الإجراءات برغم ما قد تتطوى عليه من تقييد لحرية المتهم لا تعد قبضا ، وإنما هى إجراءات احتياطية اقتضت الضرورة مبادرة مأمور الضبط القضائي باتخاذها قبل المتهم الذى تدعو ظروفه إلى إستصدار أمر القبض عليه توقيا لهربه أو إخفائه أدلة الجريمة قبل صدور هذا الأمر (٢).

ومن جانبنا نرى أن اتخاذ مأمور الضبط القضائي للإجراء التحفظي قبل المتهم بالشروط المنصوص عليها فى المادة (٢/٣٥) إجراءات جنائية يتوافر فيه بصفة ضمنية معنى القبض المادى لأنه وبطبيعته ينطوى على قدر من المساس بالحرية الشخصية فى الحركة والتنقل إلا أن اتخاذ هذا الإجراء مبرر بتوافر حالة الضرورة الإجرائية والمصلحة فى كشف الحقيقة فى جنائية أو جنحة خطيرة مع توافر دلائل كافية على إتهام من يتخذ ضده هذا الإجراء. إلا أنه يتعين أن يكون

(١) المادة ٢/٣٥ أ. ج المعدلة بق ٣٧ لسنة ١٩٧٢.

(٢) وبصدد تحديد الطبيعة القانونية للإجراءات التحفظية التى يجوز لمأمور الضبط القضائي اتخاذها قبل المتهم الحاضر بمقتضى نص المادة ٢/٣٥ أ. ج جاء بالمذكرة الإيضاحية للقانون رقم ٣٧ لسنة ١٩٧٢ بأنها " إجراء يختلف عن الضبط أو القبض ، ويعتبر بمثابة إجراء وقائى حتى يطلب من النيابة العامة صدور أمرها بالقبض ، فهذا الإجراء لا يعتبر قبضا بالمعنى القانونى وليس فيه مساس بحرية الفرد ، إذ أن هذه الحرية يجب أن يزاولها فى الإطار الاجتماعى للمصلحة العامة وفق ما أشار إليه بعض الشرح ، فلا مساس بهذه الحرية إذا طلب من الشخص أن يمكث فى مكانه لحظات أو فترة قصيرة " د / محمود نجيب حسنى ، مرجع سابق ، بند ٦٠٩ ، ص ٥٧٧ - د / عمر السعيد ، مرجع سابق ، ص ٣١١ - د / حسن ربيع ، مرجع سابق ، ص ٤١٣.

التحفظ لفترة وجيزة لا يتعدى الوقت اللازم لإستصدار أمر القبض عليه من النيابة^(١)
١٧٣- شروط مباشرة التحفظ :

نص المشرع إعمالاً لنص المادة ٢/٣٥ إجراءات جنائية على شرطين يتعين توافرها لاتخاذ إجراء التحفظ على الأشخاص.

أولاً : نوع الجريمة :-

حدد المشرع الجرائم التي يجوز مع توافرها مباشرة إجراء التحفظ على المتهم وهي جنح السرقة والنصب والتعدي الشديد ومقاومة رجال السلطة العامة بالقوة والعنف وكذا الجنايات ومحظور في أى جريمة تعد جنحة غير ما ذكر أو مخالفة.

ثانياً : توافر الدلائل الكافية :-

وهذه الدلائل لازمة لمباشرة أى إجراء ينطوى على مساس بالحرية الشخصية فإذا انتفت هذه الدلائل أو كانت غير كافية بطل التحفظ وتقدر الدلائل المؤدية للإتهام ومبلغ كفايتها يكون بداءة لمأمور الضبط القضائي ، ولكن يخضع في تقديره هذا لرقابة سلطة التحقيق ومحكمة الموضوع^(٢) وعلى النيابة العامة قبل

(١) يجب ألا تزيد مدة بقاء الشخص تحت التحفظ على ٢٤ ساعة بحيث يتعين إخلاء سبيل المتحفظ عليه إذا لم تصدر النيابة العامة أمر القبض خلال هذه المدة لأنه لا يعقل أن تكون ضمانات التحفظ أقل من ضمانات القبض من حيث مدته ... د/ عوض محمد الوجيز في قانون الإجراءات الجنائية ، مرجع سابق ، ص ٢٠٩ - د/ إبراهيم حامد مرسى ، شرح قانون الإجراءات الجنائية ، مرجع سابق ، ص ٣٩٥.

(٢) نقض ١٩٥٣/٣/٣٠ ، مجموعة أحكام النقض ، س ٤ ، رقم ٢٤٣ ، ص ٦٧٢ - نقض ٤/٤/١٩٥٥ ، س ٦ ، رقم ٢٣٩ ، ص ٧٣٥ - نقض ١٩٦١/٦/١٩ ، س ١٢ ، رقم ١٣٥ ، ص ١٠٤ - نقض ١٩٧٠/٤/١٣ ، س ٢١ ، رقم ١٤٢ ، ص ٥٩٩ - نقض ١٩٧٤/١١/١٠ ، ص ٢٥ ، رقم ١٥٥ ، ص ٧١٥ - نقض ١٩٨٠/١٠/٨ ، س ٣١ ، رقم ١٦٣ ، ص ٨٤٢.

- وفي هذا قضت محكمة النقض بأنه لا يعتبر من قبيل دلائل الاتهام بجريمة معنية مجرد تقديم بلاغ ضد شخص بارتكاب هذه الجريمة ... نقض ١٩٣٧/١٢/٣٠ ، مجموعة القواعد القانونية ، ج ٤ ، رقم ١٢٨ ، ص ١١٩ - كما قضى بأن مجرد كون الطاعن من عائلة المتهمين المطلوب القبض عليهم في جنائية قتل وارتبأكه لما رأى رجال القوة وجريه عندما نادى عليه الضابط إن جاز معه للضابط استيقاقه فإنه لا يعتبر دلائل كافية على اتهامه في

إصدار أمرها بالقبض بناء على طلب مأمور الضبط القضائي أن تراجع تقديره لدلائل الاتهام التي استند إليها في تقديم هذا الطلب وفيما اتخذته من إجراءات تحفظية قبل المتهم المطلوب القبض عليه وذلك لأنه إذا كانت الدلائل منتفية أو غير كافية كان أمر القبض الذي تصدره النيابة باطلا كما تبطل أيضا الإجراءات التحفظية التي اتخذها مأمور الضبط القضائي^(١).

١٧٤- الوضع تحت التحفظ في التشريع الفرنسي :

حدد التشريع الفرنسي صراحة المقصود بإجراء التحفظ على الأشخاص فقد أوضح قانون الإجراءات الفرنسي أن المقصود بالتحفظ هو ذلك الإجراء الذي تبشره سلطة الضبط القضائي بمبادرة منها وبدون أمر قضائي ضد شخص أو أكثر سواء كان مشتبهاً فيه أو شاهداً حسب الأحوال بوضعه تحت تصرفها (م ٦٣ أ.ج) أو احتجازه لمدة ٢٤ ساعة بصفة أساسية (م ٧٧ أ.ج) وبصفة استثنائية لمدة ٤٨ ساعة (م ٣٠ أ.ج)^(٢).

جناية تبرر القبض عليه وتفتيشه ... نقض ١٩٥٩/١/٢٧ ، أحكام النقض ، س ١٠ ، رقم ٢٥ ، ص ١١٢ .

(١) د/رعوف عبيد ، المشكلات العملية الهامة في الإجراءات الجنائية ، مرجع سابق ، ص ٣٣ - د/أسامة عبد الله قايد ، مرجع سابق ، ص ١٣٥ .

(٢) ومن الممكن أن تمتد الـ ٢٤ ساعة لمدة مساوية شريطة أن يتم ذلك من خلال أمر مكتوب من النائب الجمهوري وليس من الضروري مثل المعنى أمام قاضي التحقيق طالما لم يطلب سيادته ذلك (المادة ٦٣ - البند الثاني) أما القصر من ١٣ إلى ١٦ سنة لا تمتد فترة الاحتجاز بالنسبة لهم مطلقاً .

- Cass. Crim, 10 Mai. 2000, Bull. no 180; Crim 12 déc, 2000, Bull. no 369.

- Cass. Crim; 30 Janvier. 2001, Bull. no 26.

- أما في الحالات المرورية فإن المادة ٧٠٦ - ٢٩ من قانون الإجراءات تجيز فترة الاحتجاز لمدة ٤٨ ساعة وكذا في حالات الإرهاب شريطة موافقة قاضي الحريات وبعد موافقة النائب الجمهوري .

- Levasseur, chavanne et Montreuil, Droit pénal et procédure pénale, Paris, 7 éd, 1983, P. 128.

هذا ولمأمورى الضبط القضائى والمنصوص عليهم فى المادة ١٦ أ. ج (١) مباشرة التحفظ دون المنصوص عليهم فى المادة ٢٠ أ. ج أو لعمال الضبط القضائى معاونين وكذلك الموظفين الذين اسند إليهم القيام ببعض وظائف الضبط القضائى المنصوص عليهم فى المواد ٢٩ ، ٣٠ أ. ج (٢) وتختلف نوعية الأشخاص الذين يتم إخضاعهم للتحفظ تبعاً لما إذا كان هذا الأجراء قد اتخذ فى مرحلة التحقيق الأولى أو فى حالة التلبس أو فى حالة الإنابة وفى مرحلة التحقيق الأولى يجوز التحفظ على أي شخص مادامت مقتضيات التحقيق تتطلب ذلك (٣) أما فى حالة التلبس فان المادة ٦٣ - فقرة أولى أجازت التحفظ على الأشخاص الموجودين فى محل الواقعة وكذا الأشخاص الذين توجد دلائل خطيرة تبرر اتهامهم (٤).

أما فى حالة الإنابة فإنه إذا كان من الجائز مباشرة هذا الإجراء ضد أى شخص متى اقتضت الضرورة ذلك إلا أنه يتمتع مباشرة التحفظ الشرطى بالنسبة للمتهمين حيث أنه طبقاً لنص المادة ١٥٢ أ. ج يحظر على مأمور الضبط استجواب المتهم (٥).

(١) راجع المطلب الثانى من الرسالة.

ويتم سماع أقوال المتحفظ عليه فى محضر معد لذلك ويذكر فيه الساعة والتاريخ الخاص ببداية التحفظ والسبب فى الاحتجاز وهى أمور ضرورية بالنسبة للمحتجز - (المادة ٦٤ البند ١ ، ٢ والمادة ٦٥ من قانون الإجراءات) وكذا مدة الاستجواب بالإضافة الى ذكر فترات الراحة التى تفصل بين فترات الاستجواب والذى من الممكن أن يتناول فيها المحتجز وجبة الغذاء (المادة ٦٤ البند أولاً أ. ج) ويلاحظ ان مخالفة هذا لا يؤدى إلى بطلان.

- Cass Crim ; 23 Mars 1982; J. G.P. 1982. 4-203.

- Cass Crim. 1 Fév. 1995, Gaz. Pol. 1995. II Som. 334.

- ويتعين على المتحفظ التوقيع فى الخانة المعدة لذلك راجع المرسوم الصادر فى .

21 Octobre 1983, portant autorisation pour les officiers et agents de police judiciaire de la police nationale d'utiliser un carnet de déclarations.

(2) Nat sopoulou, Op. Cit, No 77, P. 67.

(3) Cass Crim. 5 Janv 1973. D. 1973. 1.541. nate Raujau de Baulie.

(4) Stefani, levasseur et Bouloc, Op. Cit, No 477, P. 381.

(5) Cass Crim, 17 Juin 1964.2. 1594 1; nate Le clére Leigh; Et. Citée, P. 48.

الفصل الثانى

الإكراه فى مرحلة التحقيق

١٧٥- تمهيد وتقسيم :

يشمل هذا الفصل ثلاث مباحث هى القبض والتفتيش والإستجواب وهذه الأعمال هى من اختصاص سلطة التحقيق وقد نص المشرع على منح مأمور الضبط القضائى على سبيل الاستثناء الحق فى القيام ببعض إجراءات التحقيق والتى تختص بمباشرتها أصلاً سلطة التحقيق مثل إجراءات القبض والتفتيش وذلك فى أحوال التلبس بالجريمة وكذا بناء على أمر التنب على نحو ما سيرد. ووجه الاستثناء فى هذه الأحوال أن إجراءات التحقيق أساساً من اختصاص سلطة التحقيق وهى سلطة وضع المشرع فى اختيار أفرادها شروطاً معينة تتناسب مع خطورة الدور الذى يقومون به وأهمها الخبرة والقدرة الفنية على إدارة التحقيق. إلا أن المشرع لم يلتزم بهذا الأصل على الإطلاق بل خرج عليه فى بعض الحالات نزولاً على حكم الضرورة ، ولما كانت الضرورة تقدر بقدرها فقد حرص المشرع على حصر هذا الاستثناء فى الأحوال الاضطرارية وبشكل ضيق بحيث لا يجوز التوسع فيها أو القياس عليها حماية للحقوق والحريات الفردية. ويمكن رد العوامل التى دفعت المشرع إلى تقرير هذا الاستثناء إلى عاملين رئيسيين.

الأول : هو أن توافر حالة التلبس بالجريمة يفيد بأن أدلة الثبوت ترقى إلى القدر الكافى الذى لا يخشى معه التسرع فى الإتهام. والثانى هو المحافظة على أدلة الجريمة من الضياع ولذلك أجاز لمأمور الضبط القيام بإجراء التحقيق إستثناءً حتى لا تضيع معالم الجريمة أو تتعرض للعبث. ومن ثم لم يجد المشرع غضاضة فى تخويل مأمور الضبط القضائى سلطات واسعة فى التحقيق. لذلك نتعرض للموضوع فى ثلاث مباحث هى :

المبحث الأول : القبض.

المبحث الثانى : التفتيش

المبحث الثالث : الإستجواب.

المبحث الأول القبض

١٧٦- تمهيد وتقسيم:

إن المساس بحرية الفرد لا تبرره إلا مصلحة أعلى هي حماية المجتمع الذي يكفل لكل شخص حماية حريته. فلا يقبض عليه أو يحبس إلا في الأحوال التي ينص عليها صراحة في القانون ولا يحصل هذا الحبس أو ذاك القبض إلا بناء على أمر صادر من موظفين تتوافر فيهم ضمانات خاصة تكفل استقلالهم وسلامة تصرفاتهم وهم عادة رجال النيابة العامة والقضاء^(١) كما يعاقب الأشخاص الذين يتسببون في سجن الأفراد أو حجزهم على خلاف حكم القانون. ولقدسية الحرية الفردية تنص عليها غالباً في صلب دساتير الدول

(١) ينسب إلى الطريقة التي يتم بها الاشتغال بالوظيفة القضائية قدر ما يتمتع به القضاء من استقلال ومن ثم أدائهم لوظيفتهم ، حماية للحقوق المرتبطة بها. ولم تلتق الأنظمة القانونية على طريقة واحدة في هذا الصدد والتي تختلف عما كانت عليه فيما مضى - ففي فرنسا - مثلاً - كان ينظر إلى القضاء على أنهم طبقة سامية مما جعل الأثرياء يحتكرون الوظائف القضائية إذ كان باستطاعتهم دفع مقابلها وساعد هذا على الاستبداد.

Vincent (Jean), Mantagnire et varinard (André), Le justice. et ses institutions ed. Dalloz, Paris, 1982, P. 482.

وباستثناء الطرق التي عرفتھا الأنظمة القانونية لشغل الوظيفة القضائية نجد أنها تنحصر في الانتخاب بـ التعيين جـ تعيين القضاء بالأمر

أما في الإسلام فاختص ولي الأمر بوظيفة القضاء باعتباره القائم على شئون الرعية والمسئول عنها ولما اتسعت رقعة الدولة الإسلامية وكثرت الأعباء وتشعبت أناطها بولاء ، انقطعوا لها وتفرغوا لمزاومتها والاضطلاع بأعبائها وقد كشفت رسالة على كرم الله وجهه إلى الأشتر النخعي عن دستور الفكر الإسلامي في اختيار القضاة ومما جاء فيها " ثم اختر للحكم بين الناس أفضل رعيته في نفسك ممن لا تضيق به الأمور ولا تحكمه الخصوم ولا يستمادي في الذلة ولا يحصر من الغنى إلى الحق إذا عرفه ولا تستشرق نفسه طمع ولا يكتفى بأدنى فهم إلى أقصاه أوقعهم في الشبهات واخذهم بالحجج واقلهم تيرماً بمراجعة الخصوم وأصبرهم على كشف الأمور وأصرهم عند إيضاح الحكم ممن لا يتذعبه إطراء ولا يستميله إغراء "

د / حاتم بكار ، مرجع سابق ، ص ٩٣ - د / حسن صادق المرصفاوى ، مرجع سابق ، ص ٣.

وهي القوانين العليا للبلاد تحت عنوان " ضمانات الحقوق " لتسمو نصوصها على غيرها من التشريعات ^(١) وقد حرصت الدساتير على إيراد هذه الحريات

- (١) حرص دستور جمهورية مصر العربية الصادر في ١١ سبتمبر ١٩٧١ في الباب الثالث منه بعنوان الحريات والحقوق والواجبات العامة " على تقرير عدد من الضمانات تتعلق بالحرية الشخصية في المواد الآتية :
- المادة ٤١ : " الحرية الشخصية حق طبيعي وهي مصونة لا تمس ، وفيما عدا حالة التلبس لا يجوز القبض على أحد أو تفتيشه أو حبسه أو إلى آخر نص المادة "
 - المادة ٤٢ " كل مواطن يقبض عليه أو يحبس أو تقيد حريته بأي قيد يجب معاملته بما يحفظ عليه كرامة الإنسان إلى آخر نص المادة "
 - وقد كان من نتيجة صدور الدستور الدائم متضمنا المادة ٤١ ان صدر القانون ٣٧ لسنة ١٩٧٢ بتعديل بعض النصوص المتعلقة بضمان حرية المواطنين في القوانين القادمة وما يترتب عليه من تعديل المادة ٣٤ أ. ج مصري بحيث لم يعد لأمور الضبط القضائي سلطة القبض إلا في حالة التلبس بالجنايات والجناح المعاقب عليها بالحبس مدة تزيد على ثلاث شهور .
 - كذلك فإن قانون الإجراءات الجنائية وضع مجموعة من النصوص (المواد ٤٠-٤٤) تهدف إلى صيانة الحرية الفردية ضد القبض الجائر وقد عاقب قانون العقوبات المصري على القبض على الناس وحبسهم بدون وجه حق بالمواد ٢٨٠ ، ٢٨١ عقوبات معدل بق ٩٥ لسنة ٢٠٠٣
 - وكذا نص الدستور الفرنسي الصادر في ٤/١٠/١٩٥٨ في المادة ٦٦ منه على أنه " لا يجوز القبض على أحد أو حبسه إلا وفق القانون - تحافظ السلطة القضائية على الحرية الفردية وتضمن احترام هذا المبدأ بالشروط المنصوص عليها في القانون "
 - وقد اهتمت الدساتير الأجنبية بالتأكيد على مبدأ حماية الفرد ضد القبض التعسفي فاستلزمت أن يكون القبض وفق أحكام القانون .
 - ومن هذه الدساتير دستور الجمهورية الإيطالية والصادر في ٣/١١/١٩٤٦ (المادة ٤٨) دستور جمهورية الصين الشعبية والصادر في ٢٦/١١/١٩٤٩ (المادة ٢٢) والدستور الأمريكي والذي أدخل عليه التعديلات العشر الأولى والتي تسمى (إعلان الحقوق - وتبعه حقوق الإنسان) والتي أدخلت عام ١٧٩١ وأكدت الحقوق الفردية والحريات فقد ذكرت هذه التعديلات حق الفرد في أن يحيا في مسكنه دون أن يتعرض للبحث أو القبض عليه دون سبب Un reasonable searches and sezure
 - هذا ولم تعالج فكرة حقوق الإنسان فقط على مستوى داخلي في دساتير الدول بل أن هناك كثير من الاتفاقيات الدولية والإعلانات العالمية تذكر منها أساسا .
 - ١. الماجناكارتا Magancarta الذي صدر عام ١٢١٥ ليعلن حقوق الشعب البريطاني .
 - ٢. إعلان الاستقلال الأمريكي عام ١٧٧٦ والذي جاء متأثرا بفلسفة جون لوك ، جان جاك روسو وفوليتير .
 - ٣. الإعلان الفرنسي لحقوق الإنسان والمواطن عام ١٧٨٩ والذي قدر حق كل فرد في الحرية والمساواة .
 - ٤. الاتفاقية الأوروبية لحماية حقوق الإنسان والحريات الأساسية والتي عقدت في روما وأصبحت نافذة ابتداء من الثالث من سبتمبر ١٩٥٣ د / عادل بسيوني ، الأصول التاريخية والفلسفية لحقوق الإنسان ، مقال سابق ، ص ٣٩٢ -
 - ٥. عبد العزيز محمد سرحان ، الاتفاقية الأوروبية لحماية حقوق الإنسان الأساسية ، دار النهضة العربية ، ١٩٦٦ ، ص ١١٠ - د / عز الدين فودة ، الضمانات الدولية لحقوق الإنسان ، المجلة المصرية ، للقانون الدولي ، ص ٢٠ ، بدون تاريخ ، بدون عدد ، ص ٨٩ .

تأكيداً لقدسيتها إلا أن ذلك لم يمنع من التعرض لها وفق ضوابط دستورية وتشريعية على النحو الذى يوازن بين مصلحة الفرد ومصلحة الجماعة.

وتعتبر حرية الفرد فى الغدو والرواح من الحريات الأساسية لذلك فإن تقييد هذه الحرية يتعين أن يكون مشروعاً ، ويتحقق هذه المشروعية متى كان التقييد مستنداً إلى نصوص دستورية وتشريعية.

وإذا كان تقييد حرية الفرد فى الغدو والرواح يمكن أن يتم بوسائل مختلفة فإن ما يهمنا فى نطاق هذه الوسائل " إجراء القبض "

ودراسة القبض تقتضى منا أن نتعرض لبيان ماهية القبض وأغراضه ثم ندرس بعد ذلك حدود سلطة مأمور الضبط فى القبض ثم ننقل الى كيفية تنفيذه وذلك من خلال ثلاث مطالب على النحو الآتى .

المطلب الأول : ماهية القبض وأغراضه.

المطلب الثانى : حدود سلطة مأمور الضبط فى إجراء القبض.

المطلب الثالث : تنفيذ القبض.

المطلب الأول ماهية القبض وبيان أغراضه

١٧٧- تقسيم:

نتولى دراسة هذا المبحث في فرعين ، فندرس فى الأول ماهية القبض ،
وندرس فى الثانى أغراضه.

الفرع الأول ماهية القبض

١٧٨- المعنى اللغوى والاصطلاحى للقبض :-

قبض الشئ أخذه والقبض ضد البسط وبأيهما ضرب ، والإنقباض ضد
الانبساط ، وانقبض الشئ صار مقبوضاً ، والقبضة (بالضم) ما قبضت عليه من
شئ ، ويقال أعطاه قبضة من تمر أى كفاً منه ، وتقبض الجلوة فى النار انزوت ،
وقبض الشئ تقبيضاً جمعه وزواه ، وقبضة المال أعطاه إياه وقبض فلان على ما لم
يسلم فاعله فهو مقبوض أى مات ^(١).

وكلمة قبض تقابل فى اللغة الفرنسية "Arrestation" وفى اللغة
الإنجليزية "Arrest" والفعل يقبض فى اللغة العربية يرادف فى اللغة الفرنسية
"Arreter" بمعنى يعوق أو يمنع.

أما بالنسبة لمعناه الاصطلاحى فقد تعددت التعريفات التى أعطهاها الفقه
المصرى للقبض ، فقد عرفه بعض الفقهاء بأنه " حجز المتهم لفترة من الوقت لمنعه
من الفرار ، وتمهيداً لسماع أقواله بمعرفة الجهة المختصة " ^(٢).

(١) محمد بن أبى بكر عبد القادر الرازى ، مختار الصحاح ، مادة قبض ، مرجع سابق ، ص
٥١٩.

(٢) د / ر عوف عبید ، مبادئ الإجراءات الجنائية ، مرجع سابق ، ص ١٨٢ - د / عمر السعيد
رمضان ، مرجع سابق ، ص ٢٠٦ - د / أسامة عبد الله قايد ، مرجع سابق ، ص ١٥٩ - د /
محمد أبو العلا عقيدة ، مرجع سابق ، ص ٣٦٧.

وذهب رأى آخر " إلى أنه تقييد حرية المتهم في الحركة لفترة زمنية محددة لوجود دلائل كافية على ارتكاب جريمة وذلك لمنع هربه لحين استجوابه للتصرف في أمره إما بحبسه احتياطياً أو الإفراج عنه " (١).

وعرفه رأى آخر بأنه " سلب حرية الشخص لمدة قصيرة ، باحتجازه في المكان الذي يعده القانون لذلك " (٢).

وعرفه البعض في التشريعات الجنائية العربية بأنه " حجر حرية الشخص لفترة قصيرة من الوقت. ويأتى في المرتبة الثانية بعد التوقيف من حيث مدى جسامته وخطورته ومساسه بالحرية الشخصية للفرد " (٣).

وعرفه آخر بأنه " تقييد حرية المتهم وحجزه ولو لفترة يسيره من الزمن ويفترض فيه أنه لا يتجاوز فترة وجيزة من الزمن " (٤).

ولدى أن القبض هو إجراء من إجراءات التحقيق يستهدف الحد من حرية الشخص في التحرك فترة معينة من الزمن وذلك تمهيداً لاقتياده لسلطة التحقيق ولو قسراً عنه تمهيداً لاستجوابه وإصدار أمر باستمرار حبسه أو إخلاء سبيله.

١٧٩- لدى القضاء :-

تعددت التعريفات التي قالت بها محكمة النقض للقبض فذهب في بعض أحكامها إلى القول بأنه " مجموعة احتياطات وقتية صرفه للتحقق من شخصية المتهم وإجراء التحقيق الأولى ، وهي احتياطات متعلقة بحجز المتهمين ووضعهم في أى محل كان تحت تصرف الشرطة لمدة بضعة ساعات كافية لجمع الاستدلالات التي يمكن أن يستنتج منها لزوم توقيع الحبس الاحتياطي وصحته قانوناً " (٥).

(١) د / عبد الرؤوف مهدي ، مرجع سابق ، ص ٣٥٧ - د / حسن ربيع ، مرجع سابق ، ص ٤٠٣.

(٢) د / محمود نجيب حسنى ، مرجع سابق ، ص ٥٦٨.

(٣) د / محمد صبحي نجم ، أصول المحاكمات الجزائية الاردنى ، مرجع سابق ، ص ١٨٦.

(٤) د / مدحت رمضان ، شرح قانون الإجراءات الجنائية الاتحادية لدولة الإمارات العربية ، مرجع سابق ، ص ١٥٢.

(٥) نقض ١٩١٢/٦/١٥ ، المجموعة الرسمية ، ص ١٣ ، رقم ١٠٢ ، ص ٢٠٧.

وقضت في بعض أحكامها الأخرى بأن القبض على شخص هو " إمساكه من جسمه وتقييد حركته وحرمانه من حرية التجول دون أن يتعلق الأمر على قضاء فترة زمنية معينة " (١).

الفرع الثاني أغراض القبض

لم تبين التشريعات أغراضاً محددة للقبض لكنه يمكن إستخلاص تلك الأغراض من الإجراءات اللاحقة للقبض ومن طبيعة تقييد الحرية والجبرية التي يتصف بها.

١٨٠- ضمان إحضار المقبوض عليه أمام القضاء :

يعد ضمان إحضار المقبوض عليه أمام القضاء المختص هو الضمان الفعال لتأكيد سلطة الدولة في العقاب وخاصة في الحالات التي تكون العقوبة فيها متضمنة لسلب الحرية ، فالغاية من الدعوى الجنائية هي الوصول إلى الحقيقة أيا كانت وإيقاع العقوبة على الخارجين على القانون.

ويبدو الأثر المباشر لغرض القبض هذا في بعض التشريعات كما في القانون الأردني والسوري حيث خولا مأمور الضبط القضائي سلطة تحريك الدعوى الجنائية أمام القضاء الجنائي مباشرة (٢).

١٨١- صيانة أدلة الإثبات مما قد يؤثر في وجودها وفي صدق دلالتها :

تقييد حرية المتهم عن طريق القبض عليه يحول بينه وبين العبث بأدلة الجريمة كما يحول دون خلق أدلة أو قرائن من شأنها تفتيق الاتهام قبل آخر أو تضليل رجال الضبط ومن خلال القبض فيمكن مأمور الضبط من رفع آثار

(١) نقض ١٩٥٩/٤/٢٧ ، أحكام النقض ، س ١٠ ، رقم ١٠٥ ، ص ٤٨٢ - نقض ١٩٦٦/٥/١٦ ، س ١٧ ، رقم ١١٠ ، ص ٦١٣ - نقض ١٩٩٦/١٠/٩ ، س ٤٧ ، رقم ١٣٧ ، ص ٩٥١ - نقض ١٩٩٨/٦/١ ، س ٤٩ ، رقم ٩٩ ، ص ٧٥٢ .

(٢) د / محمد صبحي نجم ، مرجع سابق ، ص ٣٢٨ - د / ممدوح إبراهيم السبكي ، مرجع سابق ، ص ٢٠٦ .

لذلك اهتمت التشريعات بصيانة هذه الأدلة من خلال تقريرها لسلطة القبض ، بل أن بعضها مثل القانون الفرنسى قرر عقوبة الغرامة لمن يقوم بإحداث أى تعديل فى مسرح الجريمة قبل إجراء المعاينة الأولى له (المادة - ٤٥ - فقرة أولى) (٢).

أن مباشرة القبض إذا كانت الجريمة في حالة تلبس مثلاً هو الحرص على المقبوض عليه نفسه وحمايته من أى اعتداء من قبل المجنى عليه أو ذويه أو منعه من الاستمرار فى ارتكاب جريمته أو العودة إليها مرة ثانية (٢) .

(1) Blondet (Maurice), Reperatoire de droit pénal et de procédure pénale,
Dalloz, Paris, 2^e éd. 1968, No. 1, P. 1

- نصت المادة ٩ من القانون الصادر في ٢٧ نوفمبر لسنة ١٩٤٣ والمادة (٥٥) الفقرة الأولى على غرامة مالية من الطبقة الرابعة تصل بحدّها الأقصى الى (٥٠٠٠) خمسة آلاف فرنك تفرض على الأشخاص الذين ليس لهم صفة قانونية (مثل الأشخاص الفضوليين أو رجال الشرطة السرية الخ " الذين يأتون قبل عمليات التحقيق ويقومون بعمل بعض الإضافات أو التغييرات في المكان محل الجريمة حيث يتسبب تدخل هؤلاء وما يتسببون فيه من تغيير في محل الجريمة بأعمال ينتج عنها تدمير لبعض الآثار والأدلة أو ضياع وثلف العينات حيث أن مثل هذه الأعمال تتسبب مباشرة في وضع عقبات يحول دون إظهار الحقيقة والمتسبب في هذا يكون قد ارتكب جنحة يعاقب عليها بغرامة مالية والحبس طبقاً للمادة (٤٣٤ - ٤) من قانون العقوبات (ثلاث سنوات ، وثلاثمائة ألف فرنك) وقد تصل العقوبة إلى خمس سنوات وغرامة تصل إلى ٥٠,٠٠٠ ألف فرنك) إذا ما كان الشخص المتسبب في هذا قد استغل وظيفته بدلا من أن يستغل المنصب في كشف الحقيقة

(3) - Blondet (Maurice), Op. Cit. P. 1311.

Blondet, Les pouvoirs de La Police, OP. Cit, Cit. P. 25.

(٤) د / ابراهيم حامد مرسى ، مرجع سابق ، ص ٦٧٧ .

المطلب الثانى

حدود سلطة مأمور الضبط فى إجراء القبض

١٨٢- تمهيد وتقسيم :

القبض كما ذكرنا يمس الحرية الشخصية للأفراد إلا أنه ضرورى للكشف عن الجريمة تحقيقاً لأمن المجتمع والأصل أن سلطة القبض مخولة لسلطة التحقيق ، ف جهاز الشرطة سلطة استدلال إلا أن القانون تحقيقاً للسرعة المطلوبة وفى أحوال بعينها نص على سلطة القبض لمأمور الضبط كسلطة ذاتية ، وفى أحوال أخرى نص القانون على أن يكون القبض بطلب من سلطة التحقيق وفى ثالثه أن يصدر أمر بالضبط والإحضار. وعلى ذلك سوف نقسم هذا المطلب إلى ثلاث فروع على النحو الآتى :

الفرع الأول : حدود مأمور الضبط فى أحوال التلبس.

الفرع الثانى : حدود مأمور الضبط فى غير أحوال التلبس.

الفرع الثالث : حدود مأمور الضبط عند تكليفه بالقبض.

الفرع الأول

حدود مأمور الضبط فى أحوال التلبس

نصت المادة ٣٤ إجراءات جنائية والمعدلة بق ٣٧ لسنة ١٩٧٢ " لمأمور الضبط فى أحوال التلبس بالجنايات أو الجرح التى يعاقب عليها بالحبس لمدة تزيد على ثلاثة أشهر ، أن يأمر بالقبض على المتهم الحاضر الذى توجد دلائل كافية على اتهامه "

وواضح من هذه المادة أنه يشترط أولاً أن تثبت " حالة تلبس صحيحة " بجناية أو جنحة يعاقب عليها بالحبس لمدة تزيد على ثلاثة أشهر. ثم يشترط ثانياً - أن تكون لدى مأمور الضبط دلائل كافية على اتهام شخص حاضر بارتكابها. فيتولد

فى تلك اللحظة وحدها - لمأمور الضبط القضائى سلطة الأمر بالقبض على المتهم^(١) وسوف نبحث هذه الشروط على النحو الآتى:

١٨٤- توافر حالة التلبس بكافة عناصرها.

وقد أعطى القانون لمأمور الضبط القضائى القبض على المتهم بارتكاب جريمة متلبس بها دون الرجوع إلى سلطة التحقيق. وتحقق الجريمة على هذه الحالة يعتبر شرطاً لصحة القبض ، ومن ثم يجب أن يكون اكتشاف الجريمة المتلبس بها سابقاً على إجراء القبض^(٢) وإلا كان باطلاً. فلا يصح هذا القبض بعد ذلك ولو أعقبه وجود جريمة متلبس بها لأن وقوع الجريمة فى تلك الحالة يكون نتيجة للقبض وليس سبباً لها^(٣).

(١) د / محمد زكى عامر ، مرجع سابق ، ص ٢٦٦ - د / محمود نجيب حسنى ، مرجع سابق ، ص ٥٧٤ - د/ فوزية عبد الستار ، مرجع سابق ، ص ٢٥٨ - د / أسامة عبد الله قايد ، مرجع سابق ، ص ١٦١.

(٢) تطبيقاً لذلك قضى بأنه " إذا كانت الواقعة هى أن ضابط المباحث كلف أحد المرشدين بأن يشتري مخدراً من شخص علم من تحرياته أنه يتجر فى المواد المخدرة ثم سار خلف المرشد حتى وصل إلى منزل هذا الشخص فدخله المرشد وانتظر الضابط خارجه ، ثم خرج المرشد ومعه المخدر فإن الضابط إذا شاهد المخدر مع المرشد عقب حصوله عليه داخل المنزل يكون قد شاهد الجريمة متلبساً بها ويجوز له فى هذه الحالة القبض - نقض ١٩٤٣/١١/٨ ، مجموعة القواعد القانونية ، ج ٦ ، رقم ٢٥٣ ، ص ٣٣٠ - نقض ١٩٤٣/١١/١٥ ، ج ٦ ، رقم ٢٥٧ ، ص ٣٣٣ - نقض ١٩٦٦/٣/١ ، أحكام النقض ، س ١٧ ، رقم ٤٢ ، ص ٢٢١ - نقض ١٩٧٩/٥/١٧ ، س ٣٠ ، رقم ١٢٤ ، ص ٥٨٤ - نقض ١٩٨٣/٥/٢٥ ، س ٣٤ ، رقم ١٣٨ ، ص ٦٨٧.

(٣) وتطبيقاً لهذا فإذا كان الثابت أن الذى شاهد المتهم فى حالة تلبس بجريمة بيع المواد المخدرة هو المرشد الذى أرسله مأمور الضبط القضائى لشراء المادة المخدرة فلما حضر المأمور إلى منزل المتهم لم يكن به من الآثار الظاهرة لتلك الجريمة ما يستطيع المأمور مشاهدته والاستدلال به على قيام حالة التلبس ، فلا يمكن عند حضور المأمور - اعتبار المتهم فى حالة تلبس ، ذلك أنه لا يمكن اعتبار ورقة المخدر التى حملها المرشد إلى مأمور الضبط عقب البيع أثر من آثار الجريمة يكفى لجعل حالة التلبس قائمة فعلاً وقت انتقال الضابط ، لأن الآثار التى يمكن اتخاذها أمارة على قيام حالة التلبس إنما هى الآثار التى تنبئ بنفسها على أنها مخلفات الجريمة التى لا تحتاج فى الإثبات عنها إلى شهادة شاهد "

نقض ١٩٣٥/٥/٧٢ ، مجموعة القواعد القانونية ، ج ٣ ، رقم ٣٨١ ، ص ٤٨٣.

وعلى منح مأمور الضبط القضائي سلطة القبض على المتهم بدون إذن أو أمر من سلطة التحقيق هو وقوع الجريمة المتلبس بها ووضوح الدليل عليها.

ويلزم إذن أن تكون الجريمة في حالة تلبس وأن تتوافر شروط صحة الجريمة على هذه الحالة فإذا كانت حالة التلبس لم تقع أصلاً أو اكتشفت بطريقة غير مشروعة أو نقلت إلى مأمور الضبط بطريق الرواية عن غيره كان القبض باطلاً^(١).

ولكن لا يلزم أن يكون المتهم المقبوض عليه قد ضبط متلبساً بارتكاب الجريمة وقت وقوعها فالتلبس حالة عينية تتعلق بالجريمة ولا تتعلق بمرتكبها^(٢)

وفي فرنسا وبمصدر قانون الإجراءات الحالي أصبح لمأمور الضبط القضائي سلطة التحفظ الشرطي بمقتضى المادة ٦٣ فى حالة الجنائيات والجنح المتلبس بها ويخضع لهذا الإجراء أربع طوائف من الأشخاص هم^(٣)

١. الأشخاص الذين يقرر مأمور الضبط القضائي عدم ابتعادهم عن محل الواقعة حتى ينتهى من إجراءاته (المادة ٦١ فقرة أولى)

٢. الأشخاص الذين يبدو من الضروري التعرف على شخصيتهم (المادة ٦١ فقرة ثانية)

(١) وتطبيقاً لهذا " أن المتهم عند رؤيته رجال البوليس أخرج ورقة من جيبه ووضعها بسرعة فى فمه فلا تلبس فى هذه الحالة لأن ما حوته تلك الورقة لم يكن بالظاهر حتى كان يستطيع رجال البوليس رؤيته ، وإذا كان رجل الضبط قد قبض على هذا المتهم ... فإن هذا القبض يكون باطلاً - نقض ١٥/١٢/١٩٤٧ ، مجموعة القواعد القانونية ، ج-٧ ، رقم ٤٥٥ ، ص ٤٢٢ - نقض ١/٣/١٩٦٥ ، أحكام النقض ، س ١٦ ، رقم ٣٨ ، ص ١٧١ - نقض ٢٤/١١/٦٩ ، س ٢٠ ، رقم ٢٦٦ ، ص ١٣١١ .

ومن المقرر أيضاً " تلقى مأمور الضبط نبأ الجريمة من الغير عدم كفايته لقيام حالة التلبس مادام لم يشهد أثر من آثارها نبئ عن وقوعها.

نقض ١٣/٧/١٩٩٨ ، أحكام النقض ، س ٤٩ ، رقم ١١٥ ، ص ٨٩١

(٢) نقض ٧/٣/٩٨ ، أحكام النقض ، س ٤٩ ، رقم ٥٠ ، ص ٣٥٨ - نقض ٣١/٣/٩٨ ، رقم ٦٤ ، ص ٤٩٤ - نقض ٧/١٢/٩٨ ، رقم ٢٠٠ ، ص ١٤٠٧ - نقض ٢١/١٢/٩٨ ، رقم ٢١١ ، ص ١٥٠٤ .

(3) FREJAVILLE (M), Manuel de droit criminel, Paris, 8 em éd, 1959, No. 369, P. 251.

٣. الأشخاص الذين يمكن أن يكون لديهم معلومات عن الواقعة (المادة ٦٢ فقرة أولى)

٤. الأشخاص الذين تتوافر ضدهم دلائل خطيرة تبرر اتهامهم (المادة ٦٣٥ فقرة ثانية)^(١).

وسلطة التحفظ الشرطى على الشهود فى حالة الجرائم المتلبس بها تقتصر على الأشخاص الموجودين فى مكان الجريمة (الأباء ، الجيران ، الخدم) باختصار كل شخص من الممكن أن تؤدى شهادته إلى الوصول إلى معلومات عن الحادث ، وإضافة إلى الاستماع للشهود يستمع إلى المشتبه فيهم على اعتبار أن الاستماع إليهم ضرورة من إجراءات الاستدلال ولا يطلب حلف اليمين، وتسهيلا لإجراءات التحقيق فقد أعطت المادة ٦٢ (الفقرة الأخيرة) لضباط الصف وجنود الشرطة القضائية الحق فى إجراء عملية الاستماع إلى الشهود بأنفسهم.

هذا ويلاحظ أن القانون الصادر فى ١٥ يونيو سنة ٢٠٠٠ فى شأن قرينة البراءة ألغى التحفظ الشرطى على الشهود الذين لا يكون الاستماع لشهادتهم ضرورة وذلك طبقا للمادة (٦٢) من قانون الإجراءات الجنائية الفرنسى الفقرة الخامسة الجديدة المعدلة بالمادة (٥٣) من ذات القانون^(٢).

١٨٥- أن تكون الجريمة مما يعاقب عليها القانون بالحبس لمدة تزيد على ثلاثة أشهر:

لا يكفى أن تكون الجريمة متلبسا بها لكى يجوز لمأمور الضبط القضائى القبض على المتهم بدون إذن أو أمر ، وإنما ينبغى أن تكون الجريمة مما يعاقب عليها القانون بالحبس لمدة تزيد على ثلاثة أشهر ، فسلطة مأمور الضبط القضائى فى القبض على المتهم الحاضر لا تنشأ إلا بنشوء حالة تلبس صحيحة يعاقب عليها بالحبس مدة تزيد على ثلاثة شهور. والعبرة هنا بالعقوبة التى يقررها القانون

(١) PEUCH (Marc), GARDE à Vue, J. Ci. de procédure pénale, 1983, No 103, P. 12

(٢) - Merle et vitu, Op. Cit, No 320, P. 382.

للجريمة بغض النظر عن نوع الجريمة أو طبيعتها أو بما ينطق به القاضي في الحكم^(١).

بل يجوز لمأمور الضبط القضائي مباشرة القبض متى اعتقد أن الفعل يعد جنائية ثم اتضح فيما بعد أن الأمر لا يشكل جريمة ، كما لو شاهد جريمة قتل عمد ترتكب ثم اتضح فيما بعد توافر سبب إياحة حيث أن القاتل الذي قبض عليه كان يدافع عن نفسه^(٢).

- ومتى وقعت الجريمة في حالة تلبس فإنه :-

أ (يستوى أن تكون جريمة جسيمة أم غير جسيمة.

ب (يستوى أن تكون عقوبة الحبس وجوبية أم جوازية مع الغرامة ويترتب على هذا النتائج الآتية:

١. لا يجوز القبض على المتهم في جريمة عقوبتها الحبس ثلاثة اشهر فاقل.
٢. ولا يجوز القبض على المتهم في جريمة يعاقب عليها بالغرامة وحدها.
٣. ولا يجوز القبض أيضا في المخالفات في أية حالة من الأحوال لأن المخالفة لا يحكم فيها بعقوبة الحبس^(٣).

(١) د / محمود نجيب حسنى ، مرجع سابق ، ص ٥٧٤ - د / فوزية عبد الستار ، مرجع سابق ، ص ٢٥٨.

وكذلك نقض ٦٩/١/١٣ ، احكام النقض ، س ٢٠ ، رقم ٢١ ، ص ٩٦ - نقض ٧٥/٦/٨ ، س ٢٦ ، رقم ١١٧ ، ص ٥٠٠.

(٢) نقض ١٩٦٩/٦/٣ ، احكام النقض ، س ٢٠ ، رقم ١٩٣ ، ص ٩٧٦.

(٣) د / حسنى الجندى ، شرح قانون الإجراءات الجنائية ، مرجع سابق ، ص ٥٦٣ - ويذهب رأى إلى أنه يخرج عن نطاق المادة - ٣٤ مصرى جرائم المخالفات ماعدا الحالة المنصوص عليها فى المادة ٢/٣٨ ، أى عندما تكون المخالفة متلبسا بها ولا يمكن معرفة شخصية المتهم وهى تتيح عندئذ لرجل السلطة العامة إحضار المتهم وتسليمه إلى أقرب مأمور من مأمورى الضبط القضائي ، وذلك بطبيعة الحال لمجرد التحقق من شخصيته لا لإحتجازه لمدة طالت أم قصرت ، فهى لا تتيح القبض بالمعنى الدقيق المفهوم من الكلمة ولا حتى الاستيقاف إلا إذا لم يمكن معرفة شخصية المتهم.

د / رءوف عبيد ، مبادئ الإجراءات الجنائية ، مرجع سابق ، ص ٢٨٩ - د / هلالى عبد الله ، مرجع سابق ، ص ٤٤٢.

و في فرنسا قصرت المادة ١٠٦ من قانون تحقيق الجنايات سلطة مأمور الضبط القضائي في القبض على حالة التلبس بالجنايات فقط ، إلا أنه وبموجب قانون ٢٠ مايو ١٩٦٣ أصبح لمأمور الضبط سلطة القبض في الجناح المتلبس بها^(١) أما في ظل قانون الإجراءات الجنائية فإنه وإن كان الأصل أن القبض على الأشخاص إجراء من إجراءات التحقيق لا يقوم به إلا سلطة التحقيق الأصلية وبعد صدور أمر من هذه السلطة (قاضى التحقيق طبقا للمادة ١٢٢ أ. ج فرنسي) إلا أنه خشية من ضياع الوقت في أحوال التلبس فقد منح القانون حق القبض لرجال الضبط دون الحصول على إذن من قاضى التحقيق^(٢) ولم يكتف المشرع بوقوع الجريمة في حالة تلبس لإجازة هذا الحق لمأمور الضبط وإنما تطلب فضلا عن ذلك أن تكون الجريمة ذات جسامة معينة فبالنسبة للجنايات المتلبس بها فقد أطلق المشرع الفرنسي سلطة مأمور الضبط القضائي في القبض طبقا للمادة ٦٧ أ. ج أما بالنسبة للجناح المتلبس بها فلم يطلق سلطة البوليس في القبض وإنما اشترط أن تكون ذات جسامة معينة معاقب عليها بالسجن .

المادة ٣٢ أ. ج فرنسي " عندما تكون الجناحة المرتكبة ذات طبيعة خطيرة " ومن الناحية العملية فقد يتعذر الأمر على رجل الشرطة في تحديد نوع الجناحة فله اتخاذ إجراء من تحقيقات و قبض وقد ساند الفقه القضاء في هذا المسلك شريطة أن يثبت الضابط في هذه الحالة الظروف التي جعلته أن يعتد على خلاف الحقيقة.^(٣)

(1) Levasseur, Chavanne et Montreuil, Op. Cit, P. 130.

(2) Montreuil, Les arrestations, Rev, Pol. Nat. Mars, 1979, P. 5.

(٣) وتطبيقا لذلك فإن الأحكام القضائية قد أقرت صلاحية الأعمال التي تتخذ من قبل رجل الشرطة تطبيقا لنص المادة ٣٢ أ. ج فرنسي وما بعدها قبل جريمة تكل معالمها ومظهرها الخارجى عن جنائية بينما تبين بعد ذلك أنها تتعلق بمجرد مخالفة أو جناحة بسيطة . وتطبيقا لهذا " أقر للقضاء شرعية التفتيش الذى قام به أحد مفتشى الشرطة فى مخزن غلال كان يتوقع أن يجد به كمية من البارود والذخيرة إلا أن التفتيش أسفر عن وجود كمية ضعيفة من الذخيرة ولذا تقلصت القضية من جريمة أمن دولة إلى مجرد جناحة حيازة بارود وذخيرة .

contrairement à cette opinion, la Jurisprudence admettait constamment la validité des actes accomplis en vertu des articles 32 et ss. C . I . C . , si le fait , object de l'information présentait les apparences d'un crime, alors que l'instruction révélait ensuite qu'il s'agissait d'un simple délit correctionnel. La cour de cassation a statué en ce sens dans un arrêt rendu le 1er septembre 1831 25 , qui a jugé légale la perquisition fait par un commissaire de police dans une grange où il croyait trouver une grande quantité de poudre de guerre et de munitions et qui n'en n' avait découvert qu'une si faible quantité que la présomption de crime d'attentat à la sûreté de l'Etat s'est ramenée à un simple délit de détention illicite de munitions de guerre : " Attendu que l'amas d'armes et de poudre dénoncé par la clameur publique pouvait être considéré comme une préparation à la guerre civile et in moyen de la soutenir ; qu'ainsi le procureur du Roi a pu se croire dans les cas prévus par les articles 32 . et 41 C.I.C ."

- Matsopoulou , Op , cit , No . 103 . P . 90 .

Merle et Vitu, Op. Cit. No 314. P. 377

١٨٦- وجوب توافر دلائل كافية :-

تعد الدلائل الكافية شرطاً لمباشرة أى إجراء ينطوى على مساس بحرية المتهم وهى تمثل الضمان الوحيد الذى رسمه المشرع الإجرائي المصرى لحمايتهم من كل إجراء ينطوى على مساس بحريتهم ويتطلب المشرع الإجرائي المصرى توافر الدلائل الكافية عند مباشرة القبض على المتهم بناء على حالة التلبس بالجريمة (المادة ٣٤ أ. ج) والدلائل الكافية هى مجموعة من الوقائع الظاهرة الملموسة التى يستنتج منها أن شخصاً معيناً هو مرتكب الجريمة أى أن يتوافر لدى مأمور الضبط دلائل قوية وإمارات جادة تدل على أن المتهم المقبوض عليه ضالع فى ارتكابها ^(١). وشرط هذه الدلائل أن تكون جادة وكافية " أى مؤدية عقلاً إلى نسبة الجريمة إلى المقبوض عليه ، فلا يكفى مجرد البلاغ أو الإشتباه أو الظن للقبض على المتهم بل يتعين أن تعززه تحريات تجرى بمعرفة رجل الضبط القضائي تؤيد ما جاء بالبلاغ كذلك فإن مجرد الشك والإرتياب لا يعتبر من قبيل الدلائل ^(٢). وتقدير كفاية الدلائل متروك لتقدير مأمور الضبط القضائي وبحيث يخضع تقديره لرقابة مزدوجة تباشرها سلطة التحقيق ومن بعدها محكمة الموضوع ^(٣).

(١) د/ رءوف عبید ، بين القبض على المتهمين وإستيقافهم فى التشريع المصرى ، مجلة العلوم القانونية والإقتصادية ، يناير ١٩٦٢ ، ص ٢٣ - د / محمد ذكى أبو عامر ، مرجع سابق ، ص ٢٢٧.

(٢) تطبيقاً لذلك " إذا كانت الواقعة الثابتة بالحكم أن ضابط البوليس يرافقه الكونستابل شاهداً مصادفة أثناء مرورهما شخصاً يجلس أمام محله ويدخن فى جوزه وزعما أنهما اشتما رائحة الحشيش يتصاعد منها فتقدم الضابط منه وضبط الجوزة بمحتوياتها ، وفى هذه الأثناء ، رأى الكونستابل المتهم يخرج عليه من جيبه فبادر وإستخلصها منه وفتحها فعثر بها على قطعة حشيش ثم ثبت أن الجوزة ومحتوياتها خالية من أى أثر للمخدر وأن ما ضبط بالعبوة حشيش وكانت محكمة الموضوع قد استبعدت واقعة شم رائحة الحشيش ثم قضت بالبراءة فإن قضاؤها يكون سليم ذلك بأن ضبط الجوزة وضبط العبوة التى كان المتهم لا يزال يحملها فى يده وهى من إجراءات التفتيش ما كان يسوغ فى القانون لرجلى الضبطية القضائية اتخاذها بغير إذن من النيابة العامة كما لم يتوافر فى الجهة الأخرى حالة تلبس بالجريمة تبرر هذا الإجراء - نقض ١٩٥١/٤/٢٣ ، أحكام النقض ، س ٢ ، رقم ٣٧٤ ، ص ١٠٣٩ .

(٣) نقض ١٩٥٥/٤/٤ ، أحكام النقض ، س ٦ ، رقم ٢٣٩ ، ص ٧٣٥ - نقض ١٩٦٢/٤/٢٤ ، س ١٣ ، رقم ١٠٦ ، ص ٤٢٣ - نقض ١٩٧٠/٤/١٣ ، س ٢١ ، رقم ١٤٢ ، ص ٥٥٩ - نقض ١٩٧٢/١٠/٨ ، س ٢٣ ، رقم ٢١٨ ، ص ٩٧٩ - نقض ١٩٨١/١٢/٢٣ ، س ٣٢ ، رقم ٢١٢ ، ص ١١٨٨ .

وإذا كان الضابط الذي يحتكم إليه في تقدير كفاية هذه الدلائل هو الخبرة والمنطق فإن قانون الإجراءات لم يبين ما إذا كان المعيار الذي يعتمد عليه في هذا الصدد معياراً شخصياً أو موضوعياً ونرى أنه يتعين الأخذ بالمعيار الشخصي ذلك أن لكل حالة ظروفها فما يعد من الدلائل الكافية في وقت معين قد لا يعد كذلك في وقت آخر كما أن ما يعد الدلائل الكافية في نظر البعض من مأمور الضبط القضائي قد لا يعد كذلك في نظر الآخرين^(١).

وقد استخدم قانون الإجراءات الفرنسي تعبيرات عديدة للدلالة على الدلائل الكافية مثل إثباتات كافية (المواد ١٧٧، ٢١١، ٢١٢ أ. ج) كما استخدم دلائل خطيرة في (المادتين ٣، ٦٣، ١٠٥ أ. ج).

وقد عرفه بعض الفقهاء بأنه عبارة عن إمارات معينة تستند إلى العقل وتبدأ من ظروف أو وقائع يستنتج منها الفعل وتوحي للنظرة الأولى بأن جريمة ما قد وقعت وأن شخصاً معيناً هو مرتكبها^(٢) غير أن هذه الإمارات والقرائن لا يكفي في تقديرها مجرد النطق بل لابد من إعمال الخبرة والعقل^(٣).

١٨٧- القيود الواردة على جواز القبض في حالة التلبس :-

الأصل هو حرية النيابة في تحريك الدعوى الجنائية دون قيد أو شرط فهي الممثلة للهيئة الاجتماعية ولا يؤثر في حريتها هذه تنازل المجنى عليه عن حقوقه ولما كان ذلك وكان القبض يعتبر من إجراءات التحقيق فتتحرك به الدعوى الجنائية فإنه على خلاف إجراءات الاستدلال لا يجوز الأمر به إذا كانت الجريمة المتلبس

(١) د / إبراهيم حامد طنطاوى ، التلبس بالجريمة وأثره على الحرية الشخصية ، مرجع سابق ، ص ٧٩ - د/محمد عودة دياب ، مرجع سابق ، ص ٢٦٧.

(2) Garphe (F) L'Appreciation Des Preuves en justice, Essai d'une Methode technique

sirey, 1947, P. 247.

(3) Merle (R) et vitu (A), Op. Cit. P. 757

بها مما يقيد القانون رفع الدعوى عنه بتقديم الشكوى أو الطلب أو صدور الأذن إلا إذا تحقق هذا الشرط (١).

والشكوى هي إجراء يباشر من شخص معين ، وهو المجنى عليه في جرائم محددة يعبر به عن إرادته الصريحة في تحريك ورفع الدعوى الجنائية لإثبات المسؤولية الجنائية وتوقيع العقوبة القانونية بالنسبة للمشكو في حقه (٢). ويستفاد من هذا وإعمالاً لنص المادة ٣٩ أ. ج والمعدلة بالقانون ٤٢٦ لسنة

(١) نقض ١٩٦٣/١/٢٢ ، أحكام النقض ، س ١٤ ، رقم ٨ ، ص ٣٥ ولكن محكمة النقض ذهبت في بعض أحكامها إلى عكس هذا الرأي حيث ارتأت أن الدعوى الجنائية لا تتحرك إلا بالتحقيق الذي تجريه سلطة التحقيق سواء بنفسها أو عن طريق من تنتدبه لهذا الغرض من مأموري الضبط ولكنها لا تتحرك بإجراءات التحقيق التي يقوم بها مأمور الضبط القضائي في حالة التلبس ، انظر - نقض ١٩٦٧/١٠/٣٠ ، أحكام النقض ، س ١٨ ، رقم ٢١٣ ، ص ١٠٤٣ - نقض ١٩٦٨/٢/٥ ، س ١٩ ، رقم ٢٦ ، ص ١٤٨ - ويؤخذ على هذا الاتجاه الأخير أنه جعل للإجراء الواحد تكييفين مختلفين بحسب صفة القائم به وهذا أمر غير مقبول لأن تكييف الإجراء يتحدد بحسب طبيعته وليس وفقاً لصفة القائم به د / فوزية عبد الستار ، مرجع سابق ، ص ٢٥٨.

هذا وقد نظم المشرع أحكام الشكوى في المادة الثالثة من قانون الإجراءات الجنائية إذ نصت على " لا يجوز أن ترفع الدعوى الجنائية إلا بناءً على شكوى شفوية أو كتابية من المجنى عليه أو من وكيله إلى النيابة العامة أو - إلى أحد مأموري الضبط القضائي في الجرائم المنصوص عليها في المواد ١٨٥ ، ٢٧٤ ، ٢٧٧ ، ٢٧٩ ، ٢٩٢ ، ٢٩٣ ، ٣٠٣ ، ٣٠٦ ، ٣٠٧ ، ٣٠٨ من قانون العقوبات ، وكذلك في الأحوال التي تنص عليها القانون ولا تقبل الشكوى بعد ثلاثة أشهر من يوم علم المجنى عليه بالجريمة وبمركبها ما لم ينص القانون على خلاف ذلك.

كما نظم المشرع أحكام الطلب في المادة الثامنة من قانون الإجراءات حيث نصت على أنه " لا يجوز رفع الدعوى الجنائية أو اتخاذ إجراء فيها إلا بناءً على طلب كتابي من وزير العدل في الجرائم المنصوص عليها في المادتين ١٨١ ، ١٨٢ من قانون العقوبات وكذلك في الأحوال الأخرى التي ينص عليها القانون "

أما الجرائم التي تستلزم إنفاذ ما نصت عليه المادة التاسعة فقرة أولى فهي جريمة سب أو إهانة الهيئة النيابة أو الهيئات النظامية أو الحبس أو المحاكمة أو السلطات أو المصالح العامة (م ١٨٤ ع).

(٢) د / مأمون محمد سلامة ، الإجراءات الجنائية في التشريع المصري ، مرجع سابق ، ص ٩٤ - د / حسنى الجندي ، شرح قانون الإجراءات الجنائية ، مرجع سابق ، ص ١٣١.

١٩٥٤ ان المشرع لم يستغاض عن تقديم الشكوى لمن يكون حاضراً من رجال السلطة العامة بدلا من تقديمها إلى النيابة العامة أو إلى مأمور الضبط القضائي^(١).

وعلى ذلك فلا يجوز القبض على المتهم في حالة تلبس بجريمة تلزم فيها شكوى من المجنى عليه إلا إذا قدمت تلك الشكوى للجهات المذكورة سلفاً ولا يقف الحظر عند حد القبض بل يشمل جميع الإجراءات الأخرى التي تتفق مع القبض في العلة وهي الحد من الحرية الشخصية للمتهم^(٢) أما الإجراءات الأخرى التي لا تمس حرية المتهم الشخصية فيجوز اتخاذها مثل المعاينة وسماع الشهود وانتداب الخبراء وضبط جسم الجريمة وتحريز المضبوطات وغيرها^(٣).

أما بالنسبة للإذن فقد تغاضى المشرع عن ضرورة الحصول على الإذن في حالات التلبس وأجاز اتخاذ الإجراءات الجنائية قبل المتهم شأنه في ذلك شأن غيره من المتهمين ومن ثم يصح القبض على المتهم دون حاجة للحصول على إذن^(٤). هذا ولم يرد في القانون نص بشأن الطلب ولذلك ذهب بعض الفقهاء إلى أن القيد الخاص بجرائم الشكوى ينطبق كذلك على جرائم الطلب وبالتالي فإنه يحظر القبض على المتهم في حالة التلبس ما لم يقدم طلب^(٥).

(١) د / توفيق الشاوي ، مجموعة قانون الإجراءات الجنائية ، مرجع سابق ، ص ٣٧ - د / إبراهيم حامد طنطاوي ، سلطات مأمور الضبط القضائي ، مرجع سابق ، ص ٧٧.

(٢) د / محمود محمود مصطفى ، الإثبات في المواد الجنائية في القانون المقارن ، مرجع سابق ، ص ٥١ - د / مأمون سلامة ، الإجراءات الجنائية في التشريع المصري ، مرجع سابق ، ص ١٠٢. ومع ذلك فقد استندت المادة التاسعة هذه الجرائم من قيد الشكوى إذا كان المجنى عليه موظفاً عاماً أو شخصاً مكلفاً بخدمة عامة أو ذي صفة نيابية عامة وكان يرتكب الجريمة بسبب أداء وظيفته أو النيابة أو الخدمة العامة (م ١٨٥ ع).

(٤) نصت المادة ٩٦ من القرار بقانون ٤٦ لسنة ١٩٧٢ بشأن السلطة القضائية معدلة بالمادة ٢٣ من القانون ٣٥ لسنة ١٩٨٤ على أنه " في غير حالات التلبس بالجريمة لا يجوز القبض على القاضي بحسبه احتياطياً " إلا بعد الحصول على إذن من مجلس القضاء الأعلى وفي حالات التلبس بحسب على النائب العام عند القبض على القاضي وحسبه أن يرفع الأمر إلى مجلس القضاء الأعلى في مدة الأربع والعشرين ساعة التالية ولمجلس القضاء أن يقرر أما استمرار الحبس أو الإفراج بكفالة أو بغير كفالة إلى آخر نص المادة - د / عبد الرعوف مهدي ، مرجع سابق ، ص ٦٩٨ - د / ممدوح إبراهيم السبكي ، مرجع سابق ، ص ٢٧٢ -

(٥) في حين يرى البعض أن المادة ٣٩ أ. ج والتي حظرت القبض على المتهم في حالات التلبس قبل تقديم شكوى يقتصر حكمها على الأحوال التي تلزم فيها شكوى دون غيرها من الأحوال التي يلزم فيها الطلب أو الإذن ، وبناء على ذلك فهو يجيز لمأمور الضبط القضائي في الأحوال التي يلزم فيها تقديم طلب أن يقبض على المتهم دون انتظار لهذا الطلب - وهذا ما نؤيده - د / عوض محمد ، قانون الإجراءات الجنائية ، مؤسسة الثقافة الجماهيرية ، ١٩٨٩ ، ج ١ ، ص ٣٥٠ - د / ممدوح إبراهيم السبكي ، مرجع سابق ، ص ٢٧٣.

الفرع الثانى

حدود مأمور الضبط فى غير أحوال التلبس

١٨٨- التحفظ وأستصدار أمر بالقبض :-

نصت المادة ٢/٣٥ إجراءات جنائية (معدلة بالقانون ٣٧ لسنة ١٩٧٢) " وفى غير الأحوال المبينة فى المادة السابقة (وهى الأحوال التى يجوز فيها القبض) إذا وجدت دلائل كافية على إتهام شخص بارتكاب جناية أو جنحة سرقة أو نصب أو تعد شديد أو مقاومة لرجال السلطة العامة بالقوة والعنف ، جاز لمأمور الضبط القضائى أن يتخذ الإجراءات التحفظية المناسبة ، وأن يطلب فوراً من النيابة العامة أن تصدر أمر بالقبض عليه. وفى جميع الأحوال تنفذ أوامر الضبط والإحضار والإجراءات التحفظية بواسطة أحد المحضرين أو بواسطة رجال السلطة العامة " وتفترض سلطة مأمور الضبط القضائى فى طلب صدور الأمر بالقبض على المتهم أنه ليس بصدد حالة يجوز له فيها أن يقبض عليه بنفسه وإلا ما احتاج لطلب الأمر بالقبض ، وعلى وجه الخصوص تفترض هذه السلطة أنه ليس بصدد حالة تلبس بالجريمة. وتفترض هذه الحالة وجود دلائل كافية على إتهام هذا الشخص بجرائم حددها الشارع على سبيل الحصر وهى الجنايات عامة ، وجنح حددها الشارع على سبيل الحصر ، هى جنح السرقة والنصب والتعدى الشديد ومقاومة رجال السلطة العامة بالقوة والعنف^(١).

وقد خول الشارع مأمور الضبط القضائى - بالإضافة إلى طلبه من النيابة العامة أن تصدر فوراً الأمر بالقبض - أن يتخذ إزاء المتهم " الإجراءات التحفظية المناسبة " ، ويراد بها الإجراءات التى يكون من شأنها أن تحول دون فرار المتهم أو إتلافه أو تشويهه أدلة الاتهام مثل الإستيقاف والإقتياد إلى مركز الشرطة أو احتجازه وقتاً قليلاً أو تجريده من السلاح الذى يحمله وهذه الإجراءات ليست قبضاً لأنها لا تتطوى على مساس بالحريية حيث أن لها طابعاً عارضاً مؤقتاً^(٢).

(١) د/ محمود نجيب حسنى، مرجع سابق، ص ٥٧٧ - د/ محمد زكى عامر، مرجع سابق، ص ٢٩٩.

(٢) التحفظ هو إجراء وقتى يقصد به حمل الشخص على التواجد فى مكان معين أو الإنتظار فيه أو الإنتقال إليه لفترة قصيرة وذلك تمهيداً لإتخاذ إجراء آخر ، أو أن يكون الشخص تحت تصرف مأمور الضبط القضائى حتى يبيت فى أمر طلب القبض عليه من النيابة

د / عمر السعيد ، مرجع سابق ، ص ٣١٠.

د / حسنى الجندى ، مرجع سابق ، ص ٥٤٦ - د / حسن ربيع ، مرجع سابق ، ص ٤١٣.

الفرع الثالث

حدود مأمور الضبط عند تكليفه بالقبض

١٨٩- شروط إصدار الأمر بالقبض :-

يأخذ التكليف صورتين :- الأولى تكليف موجه للشرطة بصفتها من السلطة العامة ، وتكليف موجه لسلطة الشرطة بما لها من صفة الضبطية القضائية. فالتكليف الموجه للشرطة من جهة التحقيق بصفتها من رجال السلطة العامة هو ما يتعلق بأعمالها كسلطة تنفيذية ، فيوجه إليها أمر القبض من قاضى فتقوم هى بتنفيذ هذا الأمر فسلطة القبض ليست من اختصاصها ولكن لها سلطة تنفيذ أمر القبض ^(١)

ولقد نصت المادة ١٣٠ من قانون الإجراءات المصرى على أنه " إذا لم يحضر المتهم بعد تكليفه بالحضور دون عذر مقبول أو إذا خيف هربه ، أو إذا لم يكن له محل إقامة معروف أو إذا كانت الجريمة فى حالة تلبس ، جاز لقاضى التحقيق أن يصدر أمراً بالقبض على المتهم وإحضاره ولو كانت الواقعة مما لا يجوز فيها حبس المتهم احتياطياً " - ووفقاً لهذا النص يجوز لسلطة التحقيق - قاضى التحقيق أو النيابة العامة - أن تصدر أمرها بالقبض على المتهم وإحضاره فى الأحوال الآتية :-

١. إذا كان سلطة التحقيق ، سبق لها وأن أمرت بحضور المتهم ولم يستجب لهذا الأمر ولم يبد عذراً مقبولاً ، لعدم استجابته للحضور.

(١) تنص المادة ١٢٦ أ. ج على أنه " لقاضى التحقيق فى جميع المواد أن يصدر حسب الأحوال أمراً لحضور المتهم أو بالقبض عليه وإحضاره " - وظاهر النص يفيد جواز صدور أمر القبض أياً كان نوع الجريمة إلا أن القبض لا يجوز مطلقاً فى المخالفات أما عبارة " فى جميع الأحوال " الواردة فى المادة ١٢٦ أ. ج فتتصرف إلى أمر الحضور دون أمر القبض د / محمود محمود مصطفى ، شرح قانون الإجراءات ، مرجع سابق ، ص ٣٠٥.

هذا وقد أحالت المادة ١٩٩ أ. ج المعدلة بق ١٠٧ لسنة ١٩٦٢ بهذه السلطة إلى النيابة حيث نصت على " فيما عدا الجرائم التى يختص قاضى التحقيق بتحقيقها وفقاً لأحكام المادة ٦٤ تبأشر النيابة العامة التحقيق فى مواد الجنح والجنايات طبقاً للأحكام المقررة من قاضى التحقيق مع مراعاة ما هو منصوص عليه فى المواد التالية "

٢. إذا كان المحقق يخشى من هروب المتهم ، وهذه الحالة يحق له أن يأمر بالقبض على المتهم وإحضاره ، حتى ولو لم يكن قد سبق له إصدار أمر بحضوره.

٣. إذا لم يكن للمتهم محل إقامة معروف - في مصر - ففي هذه الحالة يجوز لسلطة التحقيق أن تصدر أمراً بالقبض على المتهم وإحضاره نظراً لأنه من المتعذر دعوته للحضور كلما احتاج التحقيق.

٤. الحالة الأخيرة ، التي تخول سلطة التحقيق إصدار الأمر بالقبض على المتهم وإحضاره هي حالة التلبس بالجريمة ، وهي حالة تبعد شبهة الكيد للمتهم حتى ولو لم تتوافر حالة من حالات القبض الثلاث السابقة^(١).

والفرق بين الحالة الأخيرة (الرابعة) والحالات الثلاثة السابقة عليها أن الحالة الأخيرة إذا باشرها مأمور الضبط القضائي لا تكون إلا في الجنايات والجناح التي يعاقب عليها بالحبس لمدة تزيد على ثلاثة أشهر مع وجود دلائل كافية على الاتهام (مادة ٣٤ أ. ج).

١٩٠- النذب للقبض :

التكليف الثانى :- فهو ما تقوم بتكليفه سلطة التحقيق إلى رجل الشرطة بصفته مأمور ضبط قضائي لكي يقوم بعمل من أعمال التحقيق ومن بين هذه الأعمال سلطة إصدار أمر القبض فالمادة ٧٠ أ. ج^(٢) تنص على "لقاضى التحقيق أن يكلف أحد أعضاء النيابة العامة أو أحد مأموري الضبط القضائي بالقيام بعمل معين أو أكثر من أعمال التحقيق عدا استجواب المتهم ويكون للمندوب فى حدود نذبه كل السلطة التى لقاضى التحقيق"

كما تنص المادة (٢٠٠ أ. ج) " لكل من أعضاء النيابة العامة فى حالة إجراء التحقيق بنفسه أن يكلف أى مأمور من مأموري الضبط القضائي ببعض الأعمال التى من خصائصه " هذه المواد هى فى الأصل تجيز تكليف مأمور الضبط القضائي ببعض أعمال قاضى التحقيق أو النيابة العامة ، فيما عدا الاستجواب. ولم

(١) د / عمر السعيد رمضان ، مرجع سابق ، ص ٤٠٦ - د / عبد الرؤوف مهدى ، مرجع سابق ، ص ٣٦٢ - د/عادل عبد الله خميس المعمرى ، نذب مأمور الضبط القضائي للتحقيق فى القانون المصرى والإماراتى ، رسالة دكتوراه ، ٢٠٠١ ، ص ١٤٩.

(٢) معدلة بالمرسوم بقانون ٣٥٣ لسنة ١٩٥٢.

يستثنى القبض مما يعنى أنه يجوز لسلطة التحقيق التكليف ببعض الأعمال لرجال الشرطة ذى الصفة ومن بين هذه الأعمال سلطة القبض فالقبض هنا ليس أمراً موجهاً لرجل الشرطة باعتباره سلطة عامة ولكن باعتباره مأمور ضبط قضائى فهو الذى يصدر أمر القبض وليس تنفيذه فحسب^(١).

المطلب الثالث تنفيذ القبض

١٩١- تقسيم :-

تتطلب دراسة تنفيذ القبض منا التعرض لموضوعين هما مدى جواز اللجوء إلى القوة لتنفيذ القبض ، ثم المكان الذى يجوز فيه تنفيذ القبض وذلك من خلال فرعين :

الفرع الأول : استخدام القوة فى تنفيذ القبض.

الفرع الثانى : مكان تنفيذ القبض.

الفرع الأول استخدام القوة فى تنفيذ القبض

١٩٢- السند القانونى لاستخدام القوة :-

لم ينص المشرع المصرى صراحة على استخدام القوة لتنفيذ القبض وإن كان ذلك مستقداً ضمناً من نص المادة ٦٠ أ. ج " لمأمور الضبط القضائى فى حالة قيامهم بواجباتهم أن يستعينوا مباشرة بالقوة العسكرية "

(٣) د / عصام زكريا عبد العزيز ، مرجع سابق ، ص ١٧٨.

وكذلك القانون الفرنسي الذي لا يشير صراحة إلى استخدام مأمور الضبط القضائي للقوة عند تنفيذ القبض إلا أن ذلك مستفاداً ضمناً من نص المادة ٣/١٧ أ. ج فرنسي والتي تجيز لمأمور الضبط طلب مساعدة القوة العامة - والمادتين ٧٠ ، ١٣١ أ. ج فرنسي الخاصة بتنفيذ الأوامر الصادرة عن النيابة أو قاضي التحقيق حيث أجاز استخدام القوة بالقدر اللازم لتنفيذ الغرض^(١).

وقد اتجهت بعض التشريعات العربية منهج المشرع المصري والفرنسي في عدم النص صراحةً على حق مأموري الضبط القضائي في استخدام القوة لتنفيذ القبض ، مثل القانون الأردني المادة ١٩ والقانون المغربي المادة ٣/٢١ والقانون الجزائري المادة ٣/١٧ .

وإتجهت بعض القوانين الإجرائية الجنائية إلى النص صراحةً على حق مأمور الضبط القضائي في استعمال القوة لتنفيذ القبض مثل قوانين دولة الإمارات (المادة ٩) والسودان (المادة ١/٣٠) والكويت (المادة ٤٩) .

١٩٣- ضابط اللزوم والتناسب في استعمال القوة :

تنص المادة ١٠٢ من القانون ١٠٩ لسنة ١٩٧١ بشأن هيئة الشرطة على أن " لرجل الشرطة استعمال القوة بالقدر اللازم لأداء واجبه إذا كانت هي الوسيلة الوحيدة لأداء الواجب " ويتبين من هذا النص أن مأمور الضبط مقيد في أدائه لواجبات وظيفته بقيد الوسيلة التي تتلاءم مع طبيعة الإجراء القائم به فرجل الضبط القضائي لا يستطيع أن يلجأ إلى القوة في تنفيذ القبض إلا إذا تبين له وجود خطر محيط به حال تنفيذه للإجراء وهو ما أكدته محكمة النقض عندما أجازت استعمال القوة مع المتهمين لإكراههم على تنفيذ أمر قانوني صادر لمأمور الضبط القضائي بالقبض أو التفتيش أو لتنفيذ حكم من المحكمة المختصة ، وذلك بشرط أن يكون استخدام القوة بالقدر اللازم لتنفيذ الإجراء ولا يكون استخدام القوة لازماً إذا امتثل المتهم طواعية لتنفيذه ولم يكن هناك خطر متمثل في المقاومة المنذرة بعدم الخضوع لأمر السلطة^(١).

(1) PARRA (C). Et Montreuil (j), traité de procédure pénale, Paris, 1970, P. 222-

(٢) نقض ١٩٥٦/٣/١٩ ، أحكام النقض ، س ٧ ، رقم ٢٦ ، ص ٣٨٧ - ومشار إليه د / ممدوح إبراهيم السبكي ، مرجع سابق ، ص ٢١٣ .

وقد ذهب القضاء الفرنسى إلى أن إستعمال القوة للقبض على المتهم لا يبيح التعدى عليه بالضرب والجرح خارج نطاق حالة الدفاع الشرعى. وهذا قضاء سليم ذلك أن المتهم قد لا تصدر عنه مقاومة مما يكفى معه إستخدام القوة المتمثلة فى تكبيله بالقيود الحديدية دون حاجة إلى إستخدام القوة التى تكون جريمة ضرب أو جرح أو قتل^(١).

١٩٤- إستخدام السلاح :

لم ينص المشرع المصرى صراحة فى قانون الإجراءات الجنائية على إستخدام السلاح فى تنفيذ القبض وإن كان قانون هيئة الشرطة رقم ١٠٩ لسنة ١٩٧٣ قد اعترف لرجل الشرطة بإستعمال السلاح حيث وردت الحالات التى يجوز فيها لرجل الشرطة إستخدام سلاحه فى نص المادة ١٠٢ من قانون هيئة الشرطة على سبيل الحصر وأوجب هذا النص أن يكون إستخدامه بالقدر اللازم لأداء الواجب ولقد نظم القرار الوزارى رقم ١٥٦ لسنة ١٩٦٤ ، والقرار رقم ٢٨٦ لسنة ١٩٧٢ استعمال الأسلحة النارية فى الحالات التى نصت عليها المادة ١٠٢ من قانون هيئة الشرطة^(٢).

(١) د / إبراهيم حامد طنطاوى ، سلطات مأمور الضبط القضائى ، مرجع سابق ، ص ٧١٢ .
- هذا ويلاحظ أنه طبقاً لنص المادة ٢٤٨ ع " لا يبيح حق الدفاع الشرعى مقاومة أحد مأموري الضبط أثناء قيامه بأمر بناء على واجبات وظيفته مع حسن النية ولو تخطى هذا المأمور حدود وظيفته إلا إذ خيف أن ينشا عن أفعاله موت أو جروح بالغة وكان لهذا الخوف سبب مفعول "

- وطبيعى أنه لا مجال لهذا القيد إلا إذا كان مأمور الضبط قد تجاوز حدود وظيفته أو أتى فعلاً يعتبر غير مشروع. إذ لو كان يباشر عمله الوظيفى ملتزماً بالشروط الشكلية والموضوعية له فإن فعله يعتبر مشروعاً بسبب أداء الواجب وبالتالي لا يجوز الدفاع الشرعى ضده غير أن المشرع لم يطلق القيد بل حددته بشروط معينة وهى : ١- حسن النية ٢- إذا أخيف أن ينشا عن أفعاله موت أو جروح بالغة د / مأمون محمد سلامة ، قانون العقوبات " القسم العام " ، مرجع سابق ، ص ٢٤٠ - د / أسامة عبد الله قايد ، النظرية العامة للجريمة ، مرجع سابق ، ص ٢٧٦

(٢) قانون هيئة الشرطة ١٠٩ لسنة ١٩٧١ ، الجريدة الرسمية العدد ٤٥ ، والصادر فى ١١/١١/١٩٧١ - ١٠٢

أ - القبض على المجرمين :

وهي حالة القبض على المحكوم عليه بعقوبة جنائية ، أو متلبس بجنحة يجوز فيها القبض أو متهم صدر أمر بالقبض عليه إذا قاوم أو حاول الهرب.

ويجب مراعاة ما يلي :-

أولاً : يوجه إلى المحكوم عليه أو المتهم إنذار شفوي بصوت مسموع باستخدام السلاح الناري إذا لم يكف عن المقاومة أو الهرب.

ثانياً : إذا استحال وصول الإنذار الشفهي إلى سمع المحكوم عليه أو المتهم فيكون إنذاره بإطلاق عيار ناري في الفضاء.

ثالثاً : إذا استمر المحكوم عليه أو المتهم في مقاومته أو محاولته الهرب بعد إنذاره بإحدى هاتين الوسيلتين يطلق عليه النار ^(١)

ب - حراسة المسجونين ومنع هروبهم وفقاً لقانون السجون

ج - حالة فض تجمهر أو تظاهر

أما في فرنسا فلا يجوز استعمال السلاح من خلال إطلاق النار على المتهم المتلبس بإرتكاب جنائية أو جنحة معاقب عليها بالحبس وذلك لمنعه من الهرب ، وإنما يبرر استخدام السلاح في حالات ثلاثة هي حالة الدفاع الشرعي أو وجود نص يبيح ذلك أو صدور أمر من المختص قانوناً ^(٢)

الفرع الثاني مكان تنفيذ القبض

١٩٥- في مصر :-

بإدئ ذي بدء نشير إلى أنه إذا كانت الجريمة في حالة تلبس يكون لمأمور الضبط سلطة مباشرة القبض على المتهم متى كان موجوداً في مكان عام فإذا - انقضت حالة التلبس بالجريمة انقضت معها سلطة القبض على المتهم وتعين لمباشرة

(١) د / مجدى احمد فتح الله ، مرجع سابق ، ص ٤٣٤

(2) Blondet , (Maurice), Répertoire, Op. Cit, éd, 1968, No 10, P. 1

القبض عليه صدور أمر من السلطة المختصة بذلك قانوناً ومتى صدر هذا الأمر جاز تنفيذه على المتهم في أى مكان يوجد به ^(١).

ولكن الصعوبة تثور إذا فر المتهم وحالة التلبس قائمة أو إختبأ في منزله فهل يجوز لمأمور الضبط تعقب المتهم ودخول هذا المنزل بقصد القبض عليه ؟

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن دخول مأمور الضبط منزل شخص لم يؤذن بتفتيشه لضبط متهم فيه لا يعد في صحيح القانون تفتيشاً بل هو مجرد عمل مادي تقتضيه ضرورة تعقب المتهم أينما وجد لتنفيذ الأمر بضبطه وتفتيشه وبأنه لا يقبل من غير صاحب المسكن التذرع بانتهاك حرمة ^(٢).

وهذا القضاء محل نظر من جانب الفقه حيث أن الدستور قد فرق بين تفتيش المسكن ودخوله ، فالدخول قد يكون للتفتيش كما قد يكون لغيره من الأغراض كالمعاينة أو أى أمر آخر حتى ولو لم يكن إجراء تحقيق إلا أنه جمع بينهما في الحكم فإشترط لتفتيش المسكن ودخوله صدور أمر قضائي مسبب متى كانا يمثلان انتهاكاً لحرمة المسكن التى قدسها الدستور ^(٣) فقد نصت المادة ٤٤ من الدستور على أن " للمساكن حرمة فلا يجوز دخولها أو تفتيشها إلا بأمر قضائي مسبب وفقاً لأحكام القانون " ولذلك يبدو لنا محلاً للنظر ما جرت عليه أحكام القضاء من إجازة دخول المساكن لمجرد تنفيذ أمر القبض بناء على حالة التلبس فهذا القضاء يتعارض مع نص المادة ٤٤ من الدستور وهذا المعنى أكدته محكمة النقض بقولها " حرص

(١) د/ إبراهيم حامد طنطاوى ، التلبس بالجريمة وأثره على الحرية الشخصية ، مرجع سابق ، ص ٨٤ .

(٢) نقض ٦٧/١٠/٣٠ ، أحكام النقض ، س ١٨ ، رقم ٢١٤ ، ص ١٠٤٧ - نقض ٧٩/١/١١ ، س ٣٠ ، رقم ٨ ، ص ٥٤ .

(٣) انظر حكم المحكمة الدستورية العليا فى ١٩٨٤/٦/٢ القضية رقم ١٠٥ لسنة ٤ قضائية دستورية " نصت المادة ٤٤ من الدستور على أن للمساكن حرمة فلا يجوز دخولها أو تفتيشها إلا بأمر قضائي مسبب وفقاً لأحكام القانون " وهذا النص وإن كان قد ميز بين دخول المسكن وبين تفتيشها إلا أنه جمعها فى ضمانات واحدة "

الدستور على تأكيد حظر إنتهاك حرمة المسكن سواء بدخوله أو بتفتيشه ما لم يصدر أمر قضائي مسبب (١) .

و قد حرص الدستور المصري فى نص المادة ٤٢ على إنه " كل مواطن يقبض عليه أو يحبس أو تقيد حريته بأى قيد ... لا يجوز حجزه أو حبسه فى غير الأماكن الخاضعة للقوانين الصادرة بتنظيم السجون "

كما نصت المادة ٤١ من قانون الإجراءات الجنائية على أنه " لا يجوز حبس أى إنسان إلا فى السجون المخصصة لذلك "

واشترط المشرع أن يكون تنفيذ القبض فى السجون المخصصة لذلك ضماناً للصادر ضده الأمر ، لأن السجون أماكن تابعة للدولة وتخضع للإشراف القضائي لها وينظمها قانون خاص هو قانون تنظيم السجون رقم ٣٩٦ لسنة ١٩٥٦ واللائحة الداخلية للسجون (٢) .

١٩٦-الوضع فى فرنسا :

وفى فرنسا جمع قانون الإجراءات الجنائية بين دخول المنازل والتفتيش حيث يمكن عمل إجراءات التفتيش والضبط أثناء التحقيق فى حالات التلبس سواء

(١) ١٩٨٥/١١/٢٠ ، أحكام النقض ، س ٣٦ ، ص ١٠٢٧ رقم ١٨٨ - وانظر فى تأيد هذا - د / عبد الرءوف مهدى ، مرجع سابق ، ص ٤٦٢ - د / إبراهيم حامد طنطاوى ، مرجع سابق ، ص ٨٤

(٢) جاءت المسود أرقام (٨٧ ، ٨٨ ، ٨٩) من قانون التحقيقات الجنائية كنتيجة للإضافات والتعديلات التى أجريت فى القانون الجديد الصادر فى ٧ فبراير ١٩٩٣م - والقانون الصادر فى ٢٥ مارس لسنة ١٩٣٥ م - بتعديلين الأول : كان قانون التحقيقات الجنائية لم يجر القبض والتفتيش إلا فى الجنايات (طبقاً للمادة ٣٢ وما بعدها قديمها) فى حين أن المادة ٦٧ من القانون الجديد أجازت أيضاً القبض والتفتيش فى قضايا الجنح المتلبس بها .

الثانى : كان لا يمكن إجراء التفتيش والضبط طبقاً للمادة ٣٦ من قانون التحقيقات الجنائية - قديماً إلا فى مسكن المتهم بينما يمكن إجراء الضبط والتفتيش فى مسكن المتهم أو غيره من الذين يكون لهم ضلوع فى الفعل الإجرامى (طبقاً للمادة ٥٦ أ. ج جديد) .

Champon (P), Op, Cit, No 156, P, 110.

كان التلبس بجناية أو بجنحة وسواء أكان التحقيق الدائر تحقيقاً أولياً أو تحقيقاً عادياً لاحقاً على التحقيق الأولي وسواء أكان التحقيق بمعرفة ضابط الشرطة القضائية أو بواسطة أى من سلطات التحقيق^(١).

وإذا كان المشرع الفرنسي لم يتناول بالتنظيم موضوع القبض على فاعل الجريمة المتلبس بها إذا اختبأ بمنزله إلا أن البعض يرى جواز ذلك قياساً على حالة دخول المساكن لتنفيذ أوامر الضبط شريطة مراعاة المواعيد المقررة فإذا اختبأ بمنزل أحد المواطنين فيكفى حراسة المنزل وحراسة منافذه لحين وصول السلطة المختصة التى تملك حق الدخول^(٢).

١٩٧- موقف الشريعة الإسلامية:

روى أبو داود وابن ماجه عن الهوماس بن حبيب عن أبيه قال : أتيت النبي - صلى الله عليه وسلم بغريم لى فقال لى : الزمة ثم قال : يا أخا بنى تميم ما تريد أن تفعل بأسيرك ، وفى رواية ابن ماجه : ثم مر بى آخر النهار فقال ما فعل أسيرك يا أخا بنى تميم ، وهكذا كان هو الحبس على عهد النبي - صلى الله عليه وسلم - وأبى بكر الصديق - رضى الله عنه - ولم يكن له محبس معد لحبس الخصوم ولكن لما إنتشرت الرعية فى زمن عمر بن الخطاب إبتاع بمكة داراً وجعلها سجناً يحبس فيه. ولهذا تنازع العلماء من أصحاب أحمد وغيرهم هل يتخذ الإمام حبساً ، على قولين فمن قال لا يتخذ حبساً قال لم يكن لرسول الله - صلى الله عليه وسلم - ولا لخليفته بعده حبس ولكنه يمنع بمكان من الأمكنة أو يقام عليه حافظ أو يأمر غريمه

(١) Montreuil, Op, cit, No 210, P. 37.

(2) Carraud; instruction, Op, Cit, No 906, P 214.

بملازمته كما فعل النبي - صلى الله عليه وسلم - ومن قال له أن يتخذ حبساً قال قد
إشترى عمر بن الخطاب من صفوان بن أمية داراً بأربعة آلاف درهم وجعلها
محبساً (١).

(١) د / أحمد فتحي بهنسي ، العقوبة في الفقه الإسلامي ، مرجع سابق ، ص ١٩٦ . ومن أدلة
مشروعية الحبس.

أولاً : الكتاب وقوله تعالى " إنما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون في الأرض فساداً أن
يقتلوا أو يصلبوا أو تقطع أيديهم وأرجلهم من خلاف أو ينفوا من الأرض ذلك لهم خزي في
الدنيا ولهم في الآخرة عذاب عظيم " - سورة المائدة آية رقم ٣٣ ووجه الاستدلال في هذه
الآية كما قال البعض من الحنفية والمالكية أن المراد بالمعنى في الآية الحبس لأن المحبوس
يسمى منفياً من الأرض فتح القدير ، مرجع سابق ، ج ٦ ، ص ٣٧٥ ، الجامع لأحكام
القرآن ، مرجع سابق ، ج ٦ ، ص ١٥٠ .

ثانياً : ومن السنة - ما روى أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - حبس رجلاً في تهمة يوماً
وليلة استظهاراً واحتياطياً " نيل الأوطار ، مرجع سابق ، ج ٧ ، ص ١٥٠ .

ثالثاً : من المعقول : إذا كان مبنى العقوبات هو تحقيق مصالح الناس فإن حبس المجرمين
مصلحة في كف أذاهم عن الناس د/ أشرف عبد الرازق ويح ، مرجع سابق ،
ص ٤١٦ .

المبحث الثاني التفتيش

١٩٨- تمهيد وتقسيم :-

لا غنى للفرد - حتى تكون مكنه اقتضائه للحرية كاملة - عن أن تقرر له الوسائل التي تمكنه من حمل الآخرين على احترام حرياته التي اعترف له بها النظام القانوني المستهدف للصالح المشترك^(١).

والحرية الشخصية شرط للتمتع بباقي الحقوق والحريات ، فيشترط لوجود هذه الأخيرة وجود الحرية الشخصية أولاً ولكن في سبيل التنسيق بين الحرية الشخصية وحقوق الدولة في العقاب فقد خول المشرع الجنائي أجهزتها القائمة على التحقيق الحق في مباشرة بعض الإجراءات التي تنطوي على المساس ببعض الحقوق الأساسية للأفراد وأخطر هذه الإجراءات هو " التفتيش " الذي يتضمن في ذاته إعتداء على حق الإنسان في الاحتفاظ بسره وحرمة مسكنه بما ينطوي عليه من التعرض القانوني لحرية المتهم^(٢) وقد أقرت التشريعات المختلفة هذا المساس ولكن مع وضع ضمانات لعدم التعسف في استخدام تلك الإجراءات.

وبناء على هذا ستكون دراستنا في هذا المبحث في أربعة مطالب على النحو التالي :

المطلب الأول : تعريف التفتيش وشروطه.

المطلب الثاني : تفتيش الأشخاص.

المطلب الثالث : تفتيش المساكن.

المطلب الرابع : آثار التفتيش

(١) د / نعيم عطية ، النظرية العامة للحريات الفردية ، الدار القومية للطباعة والنشر ، ١٩٦٥ ، ص ٢٤٧.

(٢) د/ أحمد فتحي سرور ، الوسيط في قانون الإجراءات ، مرجع سابق ، ص ٣٤٣

المطلب الأول

ماهية التفتيش وطبيعته

١٩٩- تمهيد وتقسيم :-

إذا كان التفتيش هو إجراء من إجراءات التحقيق يستهدف البحث عن الحقيقة فى مستودع السر ، لذلك فهو يعد من أهم إجراءات التحقيق فى كشف الحقيقة ويتميز التفتيش على هذا النحو عن صور أخرى جرى الاصطلاح على إطلاق وصف التفتيش عليها رغم إنها لا ترقى لمستوى التفتيش بهذا المعنى كالتفتيش الوقائى والتفتيش الإدارى.

وعليه يمكننا تقسيم هذا المطلب إلى ثلاثة فروع على النحو التالى :-

الفرع الأول : تعريف التفتيش

الفرع الثانى : شروط التفتيش

الفرع الثالث : الصور المختلفة للتفتيش

الفرع الأول

تعريف التفتيش وطبيعته

٢٠٠- تعريف التفتيش :-

أورد الفقه المصرى عدة تعريفات للتفتيش فذهب رأى إلى أن التفتيش هو " البحث فى مستودع أسرار فرد معين عن أدلة تفيد التحقيق بشأن جريمة معينة " جنائية أو جنحة " وقعت وتقوم الدلائل الجدية ضد هذا الشخص على ارتكابه لها. وقد يكون مستودع الأسرار محل التفتيش شخص هذا الفرد كما قد يكون أمكنه خاصة به لها حرمتها وهو لذلك إجراء من إجراءات التحقيق^(١).

(١) د / فوزية عبد الستار ، مرجع سابق ، ص ٢٦٧ - د / عبد الرؤوف المهدى ، مرجع سابق ، ص ٤٣٦

كما عرفه آخر بأنه " إجراء من إجراءات التحقيق تقوم به سلطة حددها القانون ويستهدف البحث عن الأدلة المادية لجريمة تحقق وقوعها في مكان معين؛ أو محل خاص أو في مستودع السر الذي يتمتع بالحرمة بغض النظر عن إرادة صاحبه^(١).

ويعرفه ثالث بأنه " الاطلاع على محل له حرمة خاصة للبحث عما يفيد التحقيق. ويعتبر من أخطر إجراءات التحقيق الجنائي لأنه يجمع بين استعمال السلطة وتقييد الحرية " ^(٢).

وعلى الرغم من تعدد هذه التعريفات إلا أنها لا تخرج عن أن التفتيش " إجراء من إجراءات التحقيق يقوم به موظف مختص طبقاً للإجراءات المقررة قانوناً للبحث عن أدلة مادية لجناية أو جنحة تحقق وقوعها ، في محل يتمتع بالحرمة رغماً عن إرادة صاحبه .

٢٠١- خصائص التفتيش :-

يتبين من التعريفات السابقة أن التفتيش يتميز بخصائص ثلاثة هي :

أولاً : الجبر والإكراه :

تنطوي إجراءات التحقيق الجنائي بصفة عامة على قدر من الإكراه ، ويشترك التفتيش في ذلك مع سائر الإجراءات الأخرى فهو تعرض قانوني لحرية المتهم الشخصية أو لحرمة مسكنه أو مراسلاته بغير إرادته ورغماً عنه ، ولكن في إطار ضمانات معينة يوفرها القانون للمتهم^(٣).

وإذا كان المبدأ العام أن طريقة تنفيذ التفتيش متروكة لتقدير القائم به تحت إشراف سلطة التحقيق ورقابة محكمة الموضوع^(٤) إلا أن هذه الحرية مقيدة بمبدأ دستوري عام يحكم طريقة تنفيذ الإجراءات الجنائية كافة قرره المادة ٤٠ أ. ج

(١) د / حسنى الجندى ، شرح قانون الإجراءات الجنائية ، مرجع سابق ، ص ٥٦٥

(٢) د / توفيق الشاوي ، مرجع سابق ، ص ٣٧١.

(٣) د / سامى حسنى الحسينى ، النظرية العامة للتفتيش ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، دار النهضة العربية ، ١٩٧٢ ، ص ٣٨.

(٤) نقض ١٩٨٨/١/١٤ ، أحكام النقض ، ص ٣٩ ، رقم ١٧ ، ص ١٥٠ - ٩١/١١/٧ ، ص ٤٢ ، رقم ١٦٢ ، ص ١١٧٧ ، ٩٨/٤/١٢ ، ص ٤٩ ، رقم ٦٨ ، ص ٥١٨.

يقولها ، كما يجب " كما تجب معاملة المتهم بما يحفظ عليه كرامة الإنسان ، ولا يجوز إيذاؤه بدنيا أو معنويا " كما قرر القانون فى المادة ٢/٤٦ تطبيقاً له فى تقريره " وإذا كان المتهم أنثى ، وجب أن يكون التفتيش بمعرفة أنثى ينتدبها لذلك مأمور الضبط القضائى " وبالتالي لا يجوز حصول التفتيش بعنف لا تستوجبه الظروف كتمزيق ملابس المتهم أو جذبها بعنف لا تتطلبه المناسبة ، أو باستخدام وسائل جارحه للكرامة الإنسانية أو مؤلمة بدنيا أو معنويا^(١).

ثانياً : المساس بالحق فى السرية

للأشخاص والمسكن والمراسلات البريدية والبرقية والهاتفية حرمة ، وحرمة الشخص تشمل جسمه وملابسه وما يوجد معه من أمتعة ، وحرمة المسكن تشمل كل مكان مسور ومحاط بأى حاجز متى كان مستعملاً أو معداً للمأوى أو لحفظ الأشياء وحرمة الرسائل تمنع من الإطلاع عليها أثناء نقلها أو استعمالها من شخص إلى آخر سواء كانت بريدية أو برقية أو هاتفية^(٢).

(١) محمد زكى عامر، مرجع سابق، ص ٢٦٩ - د/ محمد ابو العلا عقدة، مرجع سابق، ص ٣٢٩ .

(٢) المشرع المصرى يعاقب على بعض صور التعدى على سرية المراسلات فنص فى المادة ١٥٤ عقوبات " كل من أخفى من موظفى الحكومة أو البوسطة أو مأموريها أو فتح مكتباً من المكاتب المسلمة للبوسطة أو سهل ذلك لغيره يعاقب بالحبس أو بغرامة لا تزيد على مائتى جنيه وبالعزل فى الحاليتين. وكذلك كل من أخفى من موظفى الحكومة أو مصلحة التلغرافات أو مأموريها تلغرافاً من التلغرافات المسلمة إلى المصلحة المذكورة أو أقشاه أو سهل ذلك لغيره يعاقب بالعقوبتين المذكورتين.

وإذا كان التعدى على سرية المراسلات أمراً يجرمه القانون ، فمن ناحية أخرى قد يبيح القانون التعدى على هذه السرية تحقيقاً للمصلحة العامة التى يجب أن تلو على مصلحة الأفراد فى كتمان أسرارهم وهذا ما أشارت إليه المادة الرابعة من القانون ١٠٧ لسنة ١٩٦٣ فى شأن البريد تنص على أنه " لا يجوز المساس بسرية الرسائل إلا فى حدود القانون " هذا وتنص المادة ٩٥ أ. ج والمعدلة بق ٣٧ لسنة ١٩٧٢ " لقاضى التحقيق أن يأمر بضبط جميع الخطابات والرسائل و وفى جميع الأحوال يجب أن يكون الضبط أو الإطلاع أو المراقبة أو التسجيل بناء على أمر مسبب ولمدة لا تزيد على ثلاثين يوماً قابلة للتجديد لمدة أو مدد أخرى مماثلة.

هذا ولم يشأ المشرع أن يضحى بحق المتهم فى الدفاع عن نفسه ما سنشئ من أحكام المادة سالفة الذكر الأوراق أو المستندات التى يسلمها أو يتناولها المتهم مع المدافع عنه أو تنص المادة ٩٦ أ. ج د/ أدور غالى الذهنى ، التعدى على سرية المراسلات ، المجلة الجنائية القومية ، س ٩ ، ١٩٦٦ ، العدد الثانى ، ص ٢٦٩ ، ٣٠١ .

ولا شك أنه متى تقرر إجراء التفتيش فإنه يعد قيداً على حرية الشخص أو انتهاكاً لحرمة مسكنه أو مراسلاته.

ويترتب على كون التفتيش يتضمن مساساً بالحقوق في السرية. أن يخرج من نطاقه كل إجراء لا يمس سراً لأحد أو لا يتضمن تقييداً للحرية الفردية أو اعتداءً على حق آخر كالقبض وضبط الأشياء^(١).

ثالثاً : البحث عن أدلة الواقعة

إذا كان التفتيش هو من إجراءات التحقيق وقد عبر المشرع المصري عن ذلك في المادة ٩١ فقرة أولى من قانون الإجراءات الجنائية " تفتيش المنازل عمل من أعمال التحقيق ولا يجوز الإلتجاء إليه إلا بمقتضى أمر من قاضي التحقيق بناء على اتهام موجه إلى شخص يقيم في المنزل المراد تفتيشه بارتكاب جناية أو جنحة أو باشتراكه في ارتكابها أو إذا وجبت قرائن تدل على أنه حائز لأشياء تتعلق بالجريمة "

لقد لوحظ على نص هذه المادة أنه جعل محل التفتيش مقصوراً على المنازل ، ومن المسلم الآن أن محل التفتيش يتسع ليشمل كل مكان يعتبره صاحبه مستودعاً لأسراره كما يشمل الشخص والمنقولات التي تكون في حيازته^(٢).

والأمر بالتفتيش لا يصدر إلا بسبب ، والسبب هو وقوع جناية أو جنحة يوجه الاتهام فيها إلى شخص معين وتوجد قرائن قوية على أنه يحوز أشياء تثبت عليه الجريمة لذلك فقد ذهب رأى بحق إلى القول بأن التفتيش لا يمكن اعتباره دليلاً في ذاته وإنما الدليل هو ما يتمخض عنه ذلك الإجراء من أدلة سواء تعلقت بالجريمة التي اتخذ الإجراء من أجلها أم بجريمة أخرى ظهرت عرضاً^(٣).

(١) د/ حسنى الجندى ، شرح قانون الإجراءات الجنائية ، مرجع سابق ، ص ٥٦٧.

(٢) د / محمود محمود مصطفى ، الإثبات في المواد الجنائية ، مرجع سابق ، ص ١٣

(3) Merle (R) et vitu (A), Op. Cit. No957, P. 177 -

الفرع الثاني

شروط التفتيش

يعتبر وقوع الجريمة هو السبب المباشر للقيام بإجراءات التحقيق ومن بينها التفتيش ولا يبرر مجرد وقوع الجريمة مباشرة التفتيش إذ لابد من جدوى لهذا الإجراء ولا تتحقق هذه الجدوى إلا إذا قامت دلائل كافية على أن شخصاً أو أشخاصاً معينين قد ارتكبوا هذه الجريمة وأن الوصول للحقيقة سيتأتى نتيجة التفتيش. وعلى هذا نجد أن شروط التفتيش تتمثل في :-

٢٠٢- وقوع جريمة:-

لا يدخل التفتيش بوصفه إجراء من إجراءات التحقيق ضمن ولاية سلطة التحقيق إلا بوقوع جريمة فلا يجوز الأمر بالتفتيش لضبط أدلة في جريمة مستقبلية ولو قامت التحريات والدلائل الجدية على أنها ستقع بالفعل^(١).

ولا يجوز الأمر بالتفتيش إلا في الجنايات والجنح فتخرج بذلك المخالفات^(٢) لأنها قليلة الأهمية لا تستاهل إجازة التعرض للحرية الشخصية أو انتهاك حرمة الأماكن ولم يشترط القانون أن تكون الجنحة معاقباً عليها بالحبس فيصح أن تكون عقوبتها الغرامة^(٣) ولكن المشرع اشترط أن تكون الجنحة معاقباً عليها بالحبس مدة

(١) قضى تطبيقاً لذلك بأنه " إذا كانت النيابة قد أصدرت إنذاراً بالتفتيش استناداً إلى ما قرره محضر التحريات من أن المتهم سيقوم بنقل كمية من المخدر خارج المدينة فإن الحكم إذ أدان المتهم دون أن يعرض لبيان ما إذا كان أحراره للمخدر كان سابقاً على صدور إذن التفتيش أو لاحقاً يكون مشوباً بالقصور والخطأ في تطبيق القانون.

نقض ١٩٦٢/١/١ ، أحكام النقض ، س ١٣ ، رقم ٥ ، ص ٢٠ - نقض ١٩٦٧/٢/٧ ، س ١٨ ، رقم ٣٤ ، ص ١٧٤ - نقض ١٩٧٠/٦/٢٢ ، س ٢١ ، رقم ٢١٦ ، ص ٩١٥ - نقض ٢٠/١٢/١٩٧١ ، س ٢٢ ، رقم ١٩٢ ، ص ٨٠.

(٢) المادة ٩١ أ. ج مصري وتقابل المواد ٣٣ ، ٨١ ، ٨٢ أ. ج أردني حيث لم تميز بين أصناف الجرائم المبررة للتفتيش وكذلك المادة ٩١ أ. ج عراقي.

(٣) وينتقد الفقه هذا الوضع إذ أن الخروج على قاعدة اختصاص سلطة التحقيق بالتفتيش وتقريره استثناءً لأموري الضبط القضائي يجد ما يبرر في خطورة الجريمة وحالة الاستعجال التي يخشى فيها ضياع الأدلة أو العبث بها أما إذا كانت الجنحة مما يعاقب عليها بالغرامة فهي لا تبرر ما في التفتيش من المساس بحرمة المسكن د/ فوزية عبد الستار ، مرجع سابق ، ص ٢٧٣.

تزيد على ثلاثة أشهر عند إصدار الأمر بضبط الرسائل أو بمراقبة المحادثات السلكية واللاسلكية أو إجراء تسجيلات لخطورة الضبط عندئذ^(١).

٢٠٣- اتهام شخص بارتكاب الجريمة :-

ليس المقصود بإتهام شخص أن تكون لائحة الاتهام في الدعوى قد صدرت بحقه وإنما المقصود هو توافر دلائل كافية على نسبة الجريمة لشخص بصفته فاعلاً لها أو شريكاً فيها أو أن لديه ما يفيد في كشفها. ولا يعتبر الشك المجرد من الدلائل الكافية ولا حتى في القرائن ويتولى مأمور الضبط القضائي تقرير كفاية هذه الدلائل تحت رقابة سلطة التحقيق ومحكمة الموضوع^(٢).

وقد كانت المادة ٨٧ من قانون التحقيق الجنائي الفرنسي لا تجيزه إلا بناء على تحقيق مفتوح *in struction au veste* إلا أن التعديلات التي أجريت في القانون الجديد الصادر في ٧ فبراير لسنة ٩٣ سمحت بإجراء التفتيش سواء كان التحقيق الدائر أولياً أو تحقيقاً عادياً لاحقاً على التحقيق الأولي تحت سيطرة ضابط الشرطة القضائية أو بواسطة أى من سلطات التحقيق^(٣).

وتخضع الدلائل الكافية في مجال الإثبات لقاعدة " الشك يفسر ضد مصلحة المتهم " ذلك لأن دور هذه الدلائل ينحصر في السماح باتخاذ إجراء ينطوي على مساس بحرية المشتبه فيه عقب تحديد مدى قيمة هذه الدلائل ووزن الشبهات والشكوك المنبعثة عنها ولا تمتد قيمتها إلى تأسيس حكم الإدانة عليها ما لم تسفر عن دليل يعتمد عليه القاضي فيما بعد^(٤).

٢٠٤- وجود مبرر للتفتيش :-

يجب أن يستهدف التفتيش البحث عن عناصر الحقيقة في الجريمة المرتكبة

(١) المادة ٩٥ أ. ج مصري والمعدلة بق ٣٧ لسنة ١٩٧٢.

(٢) نقض ١٩٧٠/١/١٩ ، أحكام النقض ، س ٢١ ، رقم ٣٢ ، ص ١٣٧ .

(٣) راجع ص ٣١ من الرسالة.

(٤) د / محمود نجيب حسنى ، مرجع سابق ، ص ٥٠٣.

فإذا استهدف غاية غيرها وقع التفتيش باطلاً^(١) وبعض الجرائم لا يترتب على ارتكابها آثار مادية .

كما هو الحال في جريمة السب والقذف الشفهي إذ لا يتصور العثور على ما يفيد في كشف الحقيقة بخصوص هذه الجرائم وبالتالي لا يجوز التفتيش^(٢) لأن غاية التفتيش تكمن في سببه المتمثل في الحصول على دليل في تحقيق قائم بقصد الوصول إلى الحقيقة.

وتقدير وجود المبرر أو الفائدة المرجوة من التفتيش يعود إلى المحقق سواء قاضى التحقيق أو النيابة العامة بصفة أصلية أو مأمور الضبط بصفة استثنائية تحت رقابة محكمة الموضوع لأن الدفاع بانعدام المبرر للتفتيش من الدفوع الموضوعية^(٣)

(١) لقد اضطرر قضاء النقض على التقرير بأن بطلان التفتيش يعد من النظام العام ، بالأقل في الأحكام الصادرة منذ أن أصبح لمحكمة النقض كيان ذاتي ، إذ بهذا القضاء يتخول منذ سنة ١٩٣٩ إلى الاتجاه العكسي ولم يكن هذا التحويل صريحاً ولكنه كان واضحاً لعل من أول الأحكام التي تشير إليه الحكم الصادر في ٢٣ يناير ١٩٣٩ يقرر انه " لا يجوز الطعن بالبطلان في الدليل المستمد من التفتيش بسبب عدم مراعاة الأوضاع القانونية والمقررة له إلا ممن شرعت هذه الأوضاع لحمايتهم - فيصح الاستشهاد بالدليل الذي أسفر عنه التفتيش على غير من فتش شخصه أو مسكنه ولو كان هذا التفتيش مشوباً بما يبطله - نقض ١٩٣٩/١/٢٣ ، مجموعة القواعد ، جـ ٤ ، رقم ٣٣٩ ص ٤٤١ ومن الأمثلة على هذا " إذا كان الطاعن لم يتمسك أمام محكمة الموضوع ببطلان التفتيش فلا يجوز له أن يطعن أمام محكمة النقض بهذا البطلان إلا إذا كان ما جاء في الحكم من الوقائع دالاً بذاته على وقوعه.

نقض ١٩٤١/٢/٣ ، مجموعة القواعد ، جـ ٥ ، رقم ٢٠٣ ، ص ٣٩٤ -

٤٣/٥/٣١ ، جـ ٦ ، رقم ٢٠٢ ، ص ٢٧٥ - نقض ١٩٤٤/١٠/١٦

جـ ٦ ، رقم ٣٧٦ ، ص ٥١٦ - ١٩٤٦/١٠/١٤ ، جـ ٧ ، رقم ٢٠٠ ، ص ١٨٦

إذا كان المتهم ينازع في كفاية الوقائع لتبرير التفتيش فانه يتعين عليه أن يتقدم بذلك لمحكمة الموضوع. فإن كان قد سكت ، والمحكمة من جانبها قد رأت بإقرارها تصرف النيابة أن تلك الدلائل تبرر الإذن بالتفتيش فليس له أن يجادل في ذلك لدى محكمة النقض - نقض ١٩٤١/٦/٩

١٩٤١ ، مجموعة القواعد - جـ ٥ ، رقم ٢٧٤ ، ص ٥٤٠

..... د / رؤوف عبّيد ، نوع بطلان التفتيش في القانون المصري ، المجلة الجنائية القومية ، بدون عام ، ١٩٦٠ ، العدد الأول ، ص ٢٩ - وما بعدها.

(٢) د / محمود عودة دياب ، مرجع سابق ، ص ٣٢٦.

(٣) نقض ١٩٧٥/١٠/٢٦ ، أحكام النقض ، س ٢٦ ، رقم ١٤٠ ، ص ٦٢٧.

الفرع الثالث

الصور المختلفة للتفتيش

القاعدة الأصلية هي أن تفتيش الشخص يكون بعد وقوع الجريمة والغاية منه كما أوضحتها المادة (٥٠) من قانون الإجراءات الجنائية هي ضبط الأشياء المتعلقة بالجريمة الجارية جمع الاستدلالات أو حصول التحقيق بشأنها ويسمى بالتفتيش القضائي إلا أن هناك حالات يتم فيها تفتيش الشخص دون أن تقع جريمة وذلك في الحالات الآتية .

٢٠٥- التفتيش الإداري :-^(١)

التفتيش الإداري هو إجراء من الإجراءات التحفظية التي تهدف إلى تحقيق بعض الأغراض الإدارية العامة أو الخاصة التي يحددها القانون أو اللائحة التي يضعها رب العمل ويستند هذا التفتيش سلامته قانوناً إما من " إجازة القانون " وإما من " قبول الشخص " نفسه لهذه اللائحة. بشرط أن لا يتعدى حدود الغرض الذي من أجله أقره القانون أو أجازته اللائحة فإذا تعدى هذا التفتيش حدود الغرض الذي أقر من أجله كان باطلاً معدوم الأثر إجرائياً^(٢)

ويستند التفتيش الإداري كما بينا سلفاً إما إلى نص في القانون أو إلى اتفاق بين الطرفين أو إلى ضرورة إدارية تستوجبه وسوف نبحث هذه الحالات تباعاً.

أ- التفتيش الإداري بحسب القانون.

ومن أمثلة هذا النوع ، ما تقضى به قوانين السجون ولوائحه من تفتيش للمساجين والزائرين وما يسمح به قانون الجمارك للقادمين من الخارج والمغادرين داخل الدائرة الجمركية ، وما تنص عليه القوانين المتعلقة بالمحلات العامة بالسماح للموظفين المختصين ورجال الضبط بالدخول فيها للتحقق من التزامها بالمتطلبات

(١) لا يعد هذا التفتيش تفتيشاً بالمعنى القانوني : فلا يلزم لأجرائه توافر دلائل على وقوع الجريمة أو إذن سابق من سلطة التحقيق أو توافر صفة الضبط القضائي فيمن بحرية ... د / ر عوف عبيد ، مبادئ الإجراءات الجنائية ، ط ١٦ ، مرجع سابق ، ص ٣٤٧ - د / سامي الحسيني ، مرجع سابق ، ص ٧٢ -

(٢) د / محمد زكي عامر ، مرجع سابق ، ص ٢٥٧

القانونية ، وسنتعرض بإيجاز إلى التفتيش الإدارى بموجب قوانين وأنظمة السجون ، والتفتيش داخل الدائرة الجمركية كأمثلة على هذا النوع .

أولاً:- تفتيش المساجين والزوار :

سند إياحة هذا النوع من التفتيش هو نص الفقرة الأولى من المادة (٩) من القانون رقم ٣٩٦ لسنة ١٩٥٦ فى شأن تنظيم السجون ، حيث نصت على أنه " يجب تفتيش كل مسجون عند دخوله السجن وأن يؤخذ ما يوجد معه من ممنوعات أو نقود أو أشياء ذات قيمة " وكذلك المادة (٤١) من نفس القانون فى قوله " إذا اشتبه مدير السجن أو مأموره فى أي زائر جاز له أن يأمر بتفتيشه. فإذا عارض الزائر فى التفتيش جاز منعه من الزيارة مع بيان أسباب هذا المنع فى سجل يومية السجن " .

وفى هذا قضت محكمة النقض " لضابط السجن حق تفتيش أى شخص يشتبه فى حيازته أشياء ممنوعة داخل السجن. ولو كان من غير المسجونين " (١).

ولا يشترط فى القائم بإجراء التفتيش أن يكون من مأمورى الضبط القضائى بل يمكن إجراء هذا التفتيش بمعرفة حراس السجن ممن ليست لهم صفة الضبطية القضائية (٢) ويشترط لصحة هذا التفتيش توافر ثلاث شروط :

١. أن يوجد أمر قانونى بإيداع الشخص السجن (م ٥) من قانون تنظيم السجون . فلا يصح الاستناد إلى لائحة السجون فى تبرير تفتيش المتهم مادام أنه لا يوجد أمر قانونى بإيداعه السجن كما تنص به المادة (٤١) أ. ج (٣).

٢. أن يتم التفتيش أثناء دخول أو وجود الشخص داخل السجن.

٣. أن يتوافر ما يدعو إلى الإشتباه فى أمره والشبهة المقصودة فى هذا المقام

(١) نقض ١٩٩١/٣/١٤ ، أحكام النقض ، س ٤٢ ، رقم ٧٤ ، ص ٥١ وقد وصفت محكمة النقض هذا التفتيش بأنه إجراء " إدارى وقائى تمليه الظروف التى يؤدى فيها الحارس واجب الحراسة بغية الكشف عن ماهية الممنوعات التى فى حوزة المطعون ضده خشية استعمالها فى إلحاق الأذى بنفسه أو غيره نقض ١٩٧٦/٥/٢٣ ، أحكام النقض ، س ٢٧ ، رقم ١١٣ ، ص ٥٠٦ .

(٢) نقض ١٩٧٠/١/٢٥ ، أحكام النقض ، س ٢١ ، رقم ٣٥ ، ص ١٤٧ .

(٣) نقض ١٩٥٤/١٢/١٣ ، أحكام النقض ، س ٦ ، رقم ٨٦ ، ص ٢٩٢ .

هى حالة ذهنية تقوم بنفس الضابط يصح معها فى العقل القول بقيام مظنة حيازة أشياء ممنوعة داخل السجن. وتقدير ذلك منوط بالقائم بالتفتيش تحت إشراف محكمة الموضوع^(١).

ويجوز تفتيش زوار السجن أيضاً إذا اشتبه فيهم مدير السجن أو مأموره ، بشرط عدم معارضة الزائر للإجراء ، فإن عارض جاز منعه من الزيارة ولكن إذا جرى تفتيش على الرغم من معارضته ، فإن هذا التفتيش يعتبر باطلاً^(٢)

وقد كانت صياغة المادة (٤١) من لائحة السجون تقصر سلطة إصدار الأمر بالتفتيش على مدير السجن أو المأمور . وهذا ينطوى على تعطيل هذا الإجراء فى حالات تقتضى وجوب مباشرة. كما أنها تجعل هذا الإجراء مقصوراً على الزائرين دون العاملين فى السجن مع أن احتمال قيام هؤلاء العاملين بالتهريب أكبر. لذا عدل المشرع نص المادة بالقانون رقم ٥ لسنة ١٩٧٢^(٣) وأصبح نصها " لضابط السجن حق تفتيش أى شخص يشتبه فى حيازته أى أشياء ممنوعة داخل السجن سواء كان من المسجونين أو العاملين بالسجن أو غيرهم "

وقد نصت بعض قوانين السجون العربية على سلطة ضابط السجن فى تفتيش الزائرين مثل قانون السجن الأردنى (المادة ٣٣) قانون سجون دولة الإمارات (المادة ٥٢) ، قانون السجون الكويتى (المادة ٤٤) وقانون السجون الليبى (٥٦) .

ثانياً : التفتيش داخل الدائرة الجمركية :

وسند إباحة هذا النوع من التفتيش نص المادة ٢٥ من قانون الجمارك رقم ٦٦ لسنة ١٩٦٣ على أن " يعتبر موظفو الجمارك الذين يصدر بتحديد وظيفتهم قرار من وزير الخزانة من مأمورى الضبط القضائى وذلك فى حدود اختصاصهم " كما تنص المادة ٢٦ من ذات القانون على أن " لموظفى الجمارك الحق فى تفتيش الأماكن والأشخاص والبضائع ووسائل النقل داخل الدائرة الجمركية وفى الأماكن والمستودعات الخاضعة لإشراف الجمارك . وللجمارك أن تتخذ كافة التدابير التى تراها كفيلة بمنع التهريب داخل الدائرة الجمركية "

(١) نقض ١٩٩١/١٢/١١ ، أحكام النقض ، س ٤٢ ، رقم ١٨٣ ، ص ١٣٢٨ .

(٢) ٦٣/٢/٤ ، أحكام النقض ، س ١٤ ، رقم ١٩ ، ص ٨٨ .

(٣) الجريدة الرسمية فى ١٣/٤/٧٢ ، ع ٥٤ -

وواضح أن المشرع قد أعطى رجال الجمارك سلطات واسعة جداً في التفتيش وإن كان قد قصرها على أن تتم داخل الدائرة الجمركية والأماكن والمستودعات الخاضعة لإشراف الجمارك^(١) وفي هذا الصدد قضت محكمة النقض " حق موظفي الجمارك الذين منحهم القانون صفة الضبط القضائي. تفتيش الأماكن والأشخاص والبضائع ووسائل النقل داخل الدائرة الجمركية أو في حدود نطاق الرقابة الجمركية. شرطه. قيام الشك لدى المأمور في البضائع أو الأمتعة أو مظنة التهريب فيمن يوجد بتلك المناطق . كفاية أن تقوم لدى موظف الجمارك الذي له صفة الضبط القضائي. حالة تتم عن شبهة تهريب جمركي ليكون له حق التفتيش. توافر قيود القبض والتفتيش المنصوص عليها في قانون الإجراءات غير لازم " (٢).

هذا وقد ذهب رأى إلى أن التفتيش في هذه الحالة إجراء من إجراءات التحقيق. فما كان يجوز اتخاذه قبل صدور طلب من الجهة المختصة إلى النيابة

(١) الدائرة الجمركية هي النطاق الذي يحدده وزير الخزانة في كل ميناء بحري أو جوي يوجد فيه مكتب للجمارك يرخص فيه بإتمام كل الإجراءات الجمركية أو بعضها. وكذلك أي مكان آخر يحدده وزير الخزانة لاتمام هذه الإجراءات فيه (المادة ٤ من قانون الجمارك) أما الأماكن الخاضعة لإشراف الجمارك فمن أهمها المناطق الحرة التي تنشأ بقرار من وزير الخزانة يحدد فيه موقعها وحدودها طبقاً لنص المادة ٨٦ من قانون الجمارك . وقد نصت المادة ٩٢ من قانون الجمارك على حق مصلحة الجمارك في تفتيش المنطقة الحرة أو إجراء التحقيقات فيها. ويلاحظ أن هذه الأماكن الخاضعة لإشراف الجمارك تختلف عن نطاق الرقابة الجمركية فالأخيرة أوسع نطاقاً منها. وأما المستودعات فقد حددت المادة ٧٠ من قانون الجمارك المقصود بها فبينت أنها المخازن التي تقبل فيها البضائع الواردة دون دفع الضرائب عنها لمدد يحددها هذا القانون. وتنقسم المستودعات إلى نوعين عام وهو الذي تخزن فيه البضائع لحساب الغير ومستودع خاص وهو الذي يخزن فيه صاحب المستودع واردة واردة المرخص له بتخزينها فيه د / عبد الرؤوف المهدي ، مرجع سابق ، ص ٤٧٦ - د / حسنى الجندي ، شرح قانون الإجراءات الجنائية ، مرجع سابق ، ص ٥٧٤.

(٢) نقض ٧٦/٥/٢٣ ، أحكام النقض ، س ٢٧ ، رقم ١١٦ ، ص ٥١٩ - نقض ٧٨/١١/١٦ ، س ٢٩ ، رقم ١٦١ ، ص ٧٨٥ ، نقض ٩٢/٥/٢١ ، س ٤٣ ، رقم ٨٢ ، ص ٥٦١ كذلك لا يشترط الحصول على إذن مسبق لمباشرة هذا التفتيش نقض ٧٤/١٠/١٣ ، أحكام النقض ، س ٢٥ ، رقم ١٤١ ، ص ٦٥٤ ... وأيضاً لا يتطلب هذا التفتيش لأجرائه - توافر رضا صاحب الشأن ... ٥٩/٤/٢٠ ، أحكام النقض ، س ١٠ ، رقم ٩٧ ، ص ٤٤١ - نقض ٦١/٢/٦ ، س ١٢ ، رقم ٢٨ ، ص ١٩١.

العامة لأن الجرائم الجمركية من الجرائم المعلقة رفع الدعوى الجنائية فيها على طلب. فإذا صدر الطلب يجب أن تأذن النيابة العامة بالتفتيش بوصفها سلطة تحقيق طبقاً للقواعد العامة. وتخويل قانون الجمارك رجل الجمارك سلطة التفتيش بدون إذن من النيابة العامة للبحث عن دليل لجريمة وقعت فعلاً. فالنص هنا ينظم حالة معينة ولا يقتصر تطبيقه على رضا المسافرين (١).

وعلى ذلك ذهب رأى إلى أنه يجب العمل بجميع نصوص قانون الإجراءات فيما يتعلق بتفتيش الجمارك بكافة ضماناتها ولا يمكن الاستثناء منها إلا في حالة رضا الشخص الواقع عليه التفتيش وهذا هو المبرر القانوني الوحيد لتفتيش الجمارك دون أعمال الضمانات المقررة في قانون الإجراءات الجنائية (٢).

ومن جانبنا لا نتفق مع الرأي الأول فيما ذهب إليه من أن التفتيش الجمركي هو تفتيش بالمعنى القانوني تحكمه المواد ٣٤ ، ٣٦ من قانون الإجراءات الجنائية لأن التفتيش الجمركي لا يستلزم لمباشرته ما يستلزم لمباشرة التفتيش بمعناه القانوني وفقاً لقانون الإجراءات الجنائية ونرى إنه تفتيش إداري يجد سنده في النصوص القانونية الخاصة التي تبيحه وتبين حدوده وضماناته (٣).

(١) د / عوض محمد ، جرائم المخدرات والتهرب الجمركي والتعدي ، المكتب المصري الحديث ، ط ١ ، ١٩٦٦ ، ص ٢١٨.

(٢) د / عبد الرؤف مهدى ، مرجع سابق ، ص ٤٨٢.

(٣) قضت محكمة النقض بأن " ما تجريه سلطات الجمارك من معاينة البضائع وأمتعة المسافرين إنما هو نوع من التقصى أو البحث لأغراض اقتصادية ومالية ، أو تتعلق بالصحة والوقاية العامة ... وهي تجريه دون توقف على رضا ذوي الشأن ، أو توافر مظاهر الاشتباه فيه ، بوصفه تفتيشاً إدارياً لا تنقيد فيه بما توجبه المادة ٤١ من الدستور بالنسبة للتفتيش بمعناه الصحيح من ضرورة استصدار أمر قضائي " يؤكد ذلك أن قانون الجمارك سالف الذكر خول في المادة ٢٦ ، جميع موظفي الجمارك الحق في إجراء هذا التفتيش ولم يقصره على من يعتبرون من مأموري الضبط القضائي منهم - وهم أولئك الذين يصدر بتحديد وظائفهم قرار وزير الخزانة وفق نص المادة ٢٥ من ذلك القانون - وهو شرط لازم فيمن يجري التفتيش القضائي . وقد كان القانون رقم ٦ لسنة ١٩٠٥ في شأن منع تهريب البضائع والذي تضمن على استقلال بعض الأحكام الإجرائية الواجب اتباعها في سبيل إجراءات القبض والتفتيش وغيرها بنص في المادة السابعة منه على اعتبار جميع موظفي الجمارك وعمالها من رجال الضبطية القضائية أثناء قيامهم بتأدية وظائفهم ثم رد القانون رقم ٦٢٣ لسنة ١٩٥٥ بأحكام التهريب الجمركي ذلك الحكم حين أضيف في المادة السادسة منه صفت الضبط القضائي على -

وفى فرنسا أجازت المواد ٦٤ - ١ ، ٢ - ٦٦ من قانون الجمارك إجراء هذا التفتيش - ووفقا لهذا فقد استقر القضاء على أنه " لا تستطيع شرطة الجمارك ضبط أو فتح الخطابات والأمتعة أو أن تقوم بأى عمل إجرائي يشبه التفتيش بناء على معلومات بسيطة غير كافية بل لابد من وجود إمارات ودلائل قوية تبيح التفتيش " (١).

موظفى الجمارك وعلى كل موظف يصدر بتعيينه قرار وزير المالية والاقتصاد ، وإذ صدر من بعد - القرار الجمهورى بالقانون رقم ٦٦ لسنة ١٩٦٣ بإصدار قانون الجمارك ، ناصا فى المادة ٢٥ منه على أن " يعتبر موظفو الجمارك الذين يصدر بتحديد وظائفهم قرار وزير الخزانة من مأمورى الضبط القضائى وذلك فى حدود اختصاصهم وفى المادة ٢٦ منه التالية لها على أن " لموظفى الجمارك الحق فى تفتيش الأماكن والأشخاص والبضائع ووسائل النقل داخل الدائرة الجمركية " ثم صدر فى ٧ من ديسمبر سنة ١٩٦٣ قرار وزير الخزانة والتخطيط رقم ٧١ لسنة ١٩٦٣ وعمل به من تاريخ نشره فى الثالث والعشرين من الشهر ذاته ، محددًا الوظائف التى يتمتع شاغلوها بصفة الضبط القضائى ، فإنه من تاريخ صدور هذا القرار الوزارى القائم على أساس تفويض تشريعى ، تكون صفة الضبط القضائى قد انحسرت عن لم ترد وظيفته به ومع ذلك يظل قائما حقه فى إجراء التفتيش طبقا لنص المادة ٢٦ سالفه البيان التى أطلقت لجميع موظفى الجمارك ذلك الحق ولو لم يكونوا من مأمورى الضبط القضائى .

(نقض ١٩٥٠/٥/٢٣ ، مجموعة أحكام النقض ، س ١ ، ص ٦٩٩ ، رقم ٢٢٧ - نقض ١/٢٥ / ١٩٧٠ ، س ٢١ ، ص ١٤٧ ، رقم ٣٥ ، - نقض ١٩٨٧/١٠/٢٢ ، س ٣٨ ، ص ٨٤٨ ، رقم ١٥٢ - نقض ١٩٨٣/٦/١ ، س ٣٤ ، ص ٧١٤ ، رقم ١٤٤)

(2) Cass. Crim, 16 Oct. 1958, B. C no 663 .

- Cass. Crim, 24 Janv. 1994. Bull. Crim 32.

- Cass. Crim, 4 Mars 1991 . B.C no 105, D., 1991 IR, 150 Si .

- ومن القوانين الخاصة والتى تسمح بإجراء هذا التفتيش بدون إذن مسبق من قاضى التحقيق قانون الغش والصادر بمرسوم ٢٢ يناير ١٩١٩ - وقانون المالية والضرائب ... حيث لا يجوز لرجال الشرطة الذى يحضرون لإجراء التفتيش على القوانين تجاوز هذا الاختصاص.

- Cass. Crim, 17 Oct, 1994: Bull Crim no 333

- CHAmpon , op. Cit. No 162. P. 112.

ب - التفتيش الإداري بالاتفاق:

تقتضى بعض لوائح المصانع والمنشآت بوجوب تفتيش العمال عند مغادرتهم أماكن عملهم تفتيشاً إدارياً بناءً على إتفاق سابق بين من يقع عليه التفتيش وبين القائم به أو من ينوب عنه. ويقوم هذا التفتيش على أساس موافقة هؤلاء العاملين على التفتيش عند التحاقهم بالعمل سواء أكانت ثابتة في عقد العمل أم كانت بناءً على ما جرى عليه الحال دون إتفاق صريح^(١) ، ومتى صدر هذا الرضاء فإنه يفترض وجوده في كل مرة يجرى فيها التفتيش. فإذا اعترض العامل على تفتيشه أو امتنع عن الخضوع له. فإنه ينبغي التفرقة بين فرضين :

الأول : عند عدم وجود اتفاق ثابت ، فإن التفتيش الذي يتم رغم اعتراض العامل يكون باطلاً

الثاني : إذا كان هناك اتفاق صريح على ذلك فإن التفتيش يكون صحيحاً رغم اعتراضه ، مادام لا يُجرى بحثاً عن أدلة جريمة تحقق وقوعها وإنما تنفيذاً للالتزام الواقع على عاتق العامل بمقتضى العقد^(٢).

في حين يذهب البعض - وبحق - إلى وجوب توافر الرضاء من جانب العامل في كل مرة يجرى فيها تفتيشه وبحيث لا يجوز لرب العمل تفتيش العامل إذا ما اعترض على ذلك وعلة ذلك بأن رضاء العامل بالتفتيش هو رضاء مشوب بالإكراه ، باعتبار أن اللائحة عقد من عقود الإذعان لا يستطيع العامل أن يقبل العمل إلا وفق أحكامها ولو على كره منه مما يقتضى هذا الرضاء يومياً وبحيث يستند التفتيش إلى هذا الرضاء اليومي وليس إلى الرضاء المسبق ، فيكون بذلك مشروعاً لانقضاء سمة إكراه عن الرضاء اليومي وتوافرها بالنسبة للرضاء المسبق^(٣)

(١) د / فوزية عبد الستار ، مرجع سابق ، ص ٢٧١ كما قضت محكمة النقض بناءً على ذلك بأن " تفتيش عامل في ملجأ عند انصرافه منه يكون صحيحاً إذا كانت لائحة الملجأ توجب هذا الإجراء ١٩٤١/٣/٢٤ ، مجموعة القواعد القانونية ، ج ٥ ، رقم ٣٣٠ ، ص ٤٢٥ - وكذلك تفتيش الركاب قبل ركوبهم الطائرات نظراً لازدياد حوادث الطائرات نقض ١٩٤٥/٤/٩ ، مجموعة القواعد القانونية ، ج ٦ ، رقم ٥٤٩ ، ص ٦٩٣ .

(٢) د / حسنى الجندى ، شرح قانون الإجراءات ، مرجع سابق ، ص ٥٧٦ - د / سامى حسنى الحسينى ، مرجع سابق ، ص ٧٩ .

(٣) د / عوض محمد ، قانون الإجراءات الجنائية ، مرجع سابق ، ص ٣٩٠ .
- حسن عكوشة ، شرح قانون المخدرات الموحد ، دار الفكر الحديث للطبع والنشر ، ط ٢ ، ١٩٦١ ، ص ١٢٤ ومشار إليه ، د / إبراهيم حامد مرسى ، مرجع سابق ، ص ٨٢٩
- حيث يذهب سيادته إلى القول بالاكْتفاء بالرضاء السابق دون حاجة لاشتراط الرضاء فى كل مرة يجرى فيها تفتيش العامل ص ٨٣٠ .

إضافة إلى ما سبق فإنه يتعين للاعتداد بالرضا توافر شروط صحته كي ينتج أثره في جعل التفتيش صحيحاً ، فيتعين أن يصدر الرضا عن ذي صفة ، أى من الشخص الذى يجرى تفتيشه وأن يكون صادراً عن إرادة حرة مميزة فلا عبرة برضاء شخص خاضع للإكراه (لأن لائحة عقد العمل تعد عقد من عقود الإذعان فى ظل البطالة الكاسحة) وأن يكون هذا الرضاء سابقاً بل ومعاصراً على إجراء التفتيش ، والأصل فى الرضاء أن يكون صريحاً ومما لا شك فيه لا يعد عدم الاعتراض على التفتيش (انه رضاء ضمناً)^(١) هذا كله مع الأخذ بعين الاعتبار ما نصت عليه المادة ٤١ من الدستور " الحرية الشخصية حق طبيعى وهى مصونة لا تمس وفيما عدا حالة التلبس لا يجوز القبض على أحد أو تفتيشه أو حبسه أو تقييد حريته بأى قيد أو منعه من التنقل إلا بأمر يستلزم ضرورة التحقيق وصيانة أمن المجتمع ، ويصدر هذا الأمر من القاضى المختص أو النيابة العامة وذلك وفقاً لأحكام القانون ويحدد القانون مدة الحبس الاحتياطي "

وعليه نرى إنه إذا قام رب العمل بتفتيش العامل جبراً عنه رغم اعتراضه كان التفتيش باطلاً ولا يعول على ما يسفر عنه من أدلة^(٢).

جـ - التفتيش الإدارى الذى تفرضه الضرورة :-

وهو ما يقوم به رجل البوليس أو رجل الإسعاف من البحث فى ملابس شخص غائب عن صوابه قبل نقله إلى المستشفى لجمع ما فيها وتعرفه وحصره. فهذا الإجراء لا مخالفة فيه للقانون أو هو من الواجبات التى تملئها على رجل الإسعاف الظروف التى يؤدون فيها خدماتهم وليس من شأنه أن يكون فيه اعتداء على حرية المريض أو المصاب الذى يقومون بإسعافه ، ومن ثم لا يعد تفتيشاً بالمعنى الذى قصد الشارع إلى اعتباره عملاً من أعمال التحقيق^(٣) وسند هذا التفتيش حالة الضرورة التى ترتبت على فقد الوعي ، ولما كان هذا التفتيش مشروعاً فإنه إذا

(١) وقد قالت محكمة النقض فى هذا " يكفى ان تستظهر المحكمة الرضاء بالتفتيش من وقائع الدعوى وظروفها ومتى بنيت فى حكمها الأدلة التى استخلصته منها وكانت هذه الأدلة مؤدية الى ذلك فلا معقب عليها فى رأيها ... نقض ١٤/٦/١٩٥٠ ، أحكام النقض ، س ١ ، رقم ٢٥١ ، ص ٧٩١ - نقض ٩٦/١/٦ ، س ٢٠ ، رقم ١ ، ص ٢ -

(٢) د / مدوح إبراهيم السبكى ، مرجع سابق ، ص ٣١٧ .

(٣) د/ مأمون محمد سلامة ، الإجراءات الجنائية فى التشريع المصرى ، مرجع سابق ، ص ٥٠٣ .

- د/ فوزية عبد الستار ، مرجع سابق ، ص ٢٧٢ - د/ حسن ربيع ، مرجع سابق ، ص ٤٣٢ .

ترتب عليه معاينة جريمة ، كما لو عثر رجل الإسعاف عند تفتيش جيوب المصاب على مادة مخدرة أو سلاح غير مرخص به تحقق حالة التلبس^(١).

٣٠٦ - التفتيش الوقائي :

التفتيش الوقائي هو الذي يستهدف البحث عن شيء خطر يحمله المتهم توقفاً لاحتمال استعمال استعماله في الإعتداء على غيره أو في الإضرار بنفسه. وهذا التفتيش مشروع طالما بقي في نطاق غرضه أي اقتصر على تحري وجود الشيء الخطر وتطبيقاً لهذا ذهبت محكمة النقض إلى أن تفتيش المتهم قبل إيداعه بالسجن. أمر لازم . - ولما كان ذلك وكان الثابت من مدونات الحكم المطعون فيه ، أن الضابط أنقل إلى كشك المتهم الأول لضبط الطاعن لتنفيذ حكم صادر ضده في جريمة سرقة وأنه عقب ضبطه له اقتاده إلى ديوان قسم الشرطة. وأنه قبل إيداعه بحجره الحجز بالقسم قام بتفتيشه تفتيشاً وقائياً فعثر على المخدر المضبوط. ومطواة قرن غزال وكان ما أورده الحكم كافياً للرد على بطلان الدفع^(٢).

هذا ويستطيع رجل السلطة العامة عند ممارسة حقه في إحضار المتهم وتسليمه إلى أقرب مأمور للضبط القضائي وذلك في الجرح المتلبس بها وفقاً للمادة ٣٨ أ. ج - أن يقوم بتفتيش المتهم تفتيشاً وقائياً. بل يجوز ذلك للأفراد العاديين عند تسليم الجاني المتلبس بالجريمة إلى أقرب رجل من رجال السلطة العامة وفقاً للمادة ٣٧ أ. ج^(٣) وفي فرنسا فقد نظم القانون الصادر في ٢٠ مايو لسنة ١٩٠٣ في المادتين ٣٠٧ ، ٣٠٨ التفتيش الوقائي حيث أجاز إجراءه عند كل محاولة لإجراء القبض ويمكن إجرائه ضد أي شخص مشتبّه فيه أو في حالة سكر^(٤).

(١) د / محمود محمود مصطفى ، الإثبات في المواد الجنائية ، مرجع سابق ، ص ٢٦ - د / محمود نجيب حسني ، مرجع سابق ، ص ٥٨٤

(٢) نقض ٩٤/٢/١٦ ، أحكام النقض ، س ٤٥ ، رقم ٤٢ ، ص ٢٩١ - نقض ٩٨/١/٦ ، س ٤٩ ، رقم ٦ ، ص ٥٨ - نقض ٩٨/٥/١٩ ، رقم ٩٦ ، ص ٧٣٩ كما أنه من المقرر إذا ما جاوز ذلك التفتيش فاستهدف ضبط شيء تعد حيازته جريمة كمخدر فهو باطل نقض ١٩٤١/٦/٢ ، مجموعة القواعد القانونية ، ج ٥ ، رقم ٢٧٣ ، ص ٥٣٦ - وأضافت محكمة النقض " أن هذا التفتيش قد يكون فيه مصلحة للتحقيق لمنع المقبوض عليه من إعدام جسم الجريمة أو إخفائه. وفيه مصلحة للمتهمين في بعض الأحيان لمنعهم من التفكير في إيقاع الأذى بأنفسهم عند القبض عليهم - نقض ١٩٣٨/٥/٢٣ ، مجموعة القواعد القانونية ، ج ٤ ، رقم ٤٣ ، ص ١٢٨ - نقض ١٩٤٤/١٠/١٦ ، ج ٦ ، رقم ٣٧٥ ، ص ٥١٥ - نقض ٢/٥ ، ١٩٦٨/ ، أحكام النقض ، س ١٩ ، رقم ٢٨ ، ص ١٥٦ - نقض ١٩٧٥/١٢/٢٨ ، س ٢٦ ، رقم ١١٧ ، ص ٥٠٠ .

(٣) د / محمود نجيب حسني ، مرجع سابق ، ص ٥٨٨ - د / فوزية عبد الستار ، مرجع سابق ، ص ٢٧٠ - د / عمر السعيد ، مرجع سابق ، ص ٣٢١ .

(3) Champon (P), Op. Cit, No . 168, p. 115.

المطلب الثانى تفتيش الأشخاص

٢٠٧- تمهيد وتقسيم :-

التفتيش إجراء من إجراءات التحقيق يستهدف البحث عن الحقيقة فى مستودع السر ، ويعتبر من أهم إجراءات التحقيق لأنه غالباً ما يسفر عن أدلة مادية تؤيد نسبة الجريمة إلى المتهم. ولا شك أن هذا الإجراء بالرغم من شدة خطورته لاعتدائه على الحرية الشخصية فى أوسع معانيها إلا أن مصلحة المجتمع فى الدفاع ضد الجريمة قد أباحه.

ونظراً للتوفيق بين مصلحة المجتمع فى مكافحة الإجرام ومصلحة المتهم فى عدم المساس بحريته الشخصية فقد أحاط القانون اتخاذ هذا الإجراء بقيود وضمانات كثيرة تكفل تحقيق التوازن بين حق الدولة فى الحصول على دليل الإدانة. وحق المتهم فى إثبات براءته. وسنتعرض فى هذا المطلب إلى الموضوعات الآتية :

الفرع الأول :- تفتيش المقبوض عليه.

الفرع الثانى :- الاستثناءات الواردة فى مباشرة هذا التفتيش.

الفرع الثالث :- حدود تفتيش شخص المقبوض عليه ومداه.

الفرع الرابع :- تفتيش الأنثى.

الفرع الأول تفتيش المتهم

٢٠٨- ماهيته :-

يقصد بتفتيش الأشخاص - البحث فى أجزاء جسم الشخص وملابسه وحقائبه أو أية أشياء يحملها أو تكون فى حيازته ، بقصد العثور على الأدلة التى قد

تفيد في الوصول إلى الحقيقة في الجريمة التي قامت الدلائل على إتهامه بارتكابها أو على حيازته لأشياء تفيد في كشف حقيقتها^(١).

٢٠٩- حالاته :-

هذا وقد أجازت المادة ١/٤٦ من قانون الإجراءات الجنائية لمأمور الضبط القضائي تفتيش المتهم في الأحوال التي يجوز له فيها قانونا القبض عليه. وبذلك تنحصر سلطة مأموري الضبط القضائي في تفتيش المتهم في ذات النطاق الذي حصر فيه المشرع سلطتهم في القبض عليه ، بحيث لا يكون لهم بغير أمر من سلطة التحقيق تفتيش المتهم إلا في حالة التلبس وبشرط توافر دلائل كافية على إتهامه بارتكاب جناية أو جنحة معاقب عليها بالحبس لمدة تزيد على ثلاثة أشهر^(٢).

على أن توحيد حالات القبض والتفتيش بالنسبة لمأمور الضبط القضائي لا يعنى عدم السماح له بتفتيش المتهم إلا حيث يكون قد قام بالقبض عليه فعلا ، وإنما كل ما يقيدده هو عدم إجازة التفتيش إلا عند توافر شروط القبض . فيجوز لمأمور الضبط القضائي متى توافرت شروط القبض على المتهم أن يبدأ بتفتيشه ثم يأمر بالقبض عليه^(٣).

وقد ذهب رأى إلى عكس ذلك إذ يرى أن مأمور الضبط القضائي يستمد سلطة في تفتيش المقبوض عليه من واقعة القبض ذاتها وليس من مستند القبض^(٤).

(١) نقض ١٩٥٧/٦/١٩ ، أحكام النقض ، س٨ ، رقم ١٨٤ ، ص ٦٨١ - نقض ١٩٦٦/٥/١٦ ، س ١٧ ، رقم ١١٠ ، ص ٦١٣ - كما قضى بأن إذن المحقق باستخراج المخدر من مكان خاص في جسم المتهم صحيح - نقض ١٩٥٨/٣/١٧ ، أحكام النقض ، س ٩ ، رقم ٩٤ ، ص ٣٠٠.

(٢) د / فوزية عبد الستار ، مرجع سابق ، ص ٢٧٦ - د / عمر السعيد ، مرجع سابق ، ص ٣١٧ - د / محمد زكى عامر ، مرجع سابق ، ص ٢٦٢.

(٣) نقض ١٩٦٧/٢/٢٨ ، أحكام النقض ، س ١٨ ، رقم ٥٨ ، ص ٢٩٥ ، حيث جاء به أن القانون إذ خول مأمور الضبط القضائي سلطة تفتيش المتهم في الحالات التي تجيز له القبض عليه " لم يشترط لإيقاع هذين الإجرائيين ترتيبا معينا ، ومن ثم فإن ما ينهيه الطاعن من بطلان إجراءات الضبط وفساد دليل الكشف على المخدر المستمد منها استناد إلى أن القبض عليها كان تاليا لتفتيش عباءتها لا يستند إلى أساس صحيح في القانون "

(٤) د / محمد عودة ذياب ، مرجع سابق ، ص ٣٩٢.

ونرى الأخذ بما ذهب إليه جمهور الفقهاء من أن مأمور الضبط يستمد سلطة في التفتيش ليس من واقعة القبض ذاتها بل مجرد قيام حالة التلبس التي تجيز له القبض ذلك أنه ليس بـ لازم أن يقبض مأمور الضبط القضائي بالفعل على المتهم لكي يفتشه بل له أن يلجأ إلى تفتيشه متى كان حاضراً ودون حاجة إلى القبض عليه أو أن يقبض عليه ثم يفتشه بعد ذلك^(١).

أما قانون تحقيق الجنايات الفرنسي الملغى أو قانون الإجراءات الجنائية الحالي " لم يتضمن " نصاً يخول لمأمور الضبط القضائي تفتيش المقبوض عليه في حالة التلبس بالجريمة كما هو الحال في القانون المصري غير أن إغفال النص لا يعنى سلب الاختصاص منه وذلك لارتباط التفتيش بالقبض - وإن التفتيش يعتبر أقل خطورة على حرية الإنسان من القبض^(٢) وتطبيقاً لهذا قضى بأن إستعادة الأشياء التي كان المتهم قد استولى عليها هو أمر طبيعي وشرعي حتى وإن خبأت هذه الأشياء داخل الملابس ، حتى وإن كانت مخبأة داخل ملابس امرأة ، يجوز إستعادتها^(٣).

وقد نهجت بعض التشريعات العربية نهج المشرع الفرنسي فلم تتضمن قوانينها الإجرائية نصاً يجيز لمأمور الضبط القضائي تفتيش المتهم المقبوض عليه بناء على حالة التلبس بالجريمة ، كما هو الحال في قوانين كل من الأردن والجزائر وسوريا والمغرب - وكذلك القانون اللبناني^(٤).

(١) د / إبراهيم حامد مرسى ، مرجع سابق ، ص ٧٧٢.

(2) Cass. Crim; 14 avR, 1961; : B. C , no 199-1er Fév. 1962 : B .C, no 75.
Jull 1985.

(4) Cass. Crim; 16 Janv. 1969 : B .C, no 17

(٤) د / فوزية عبد الستار ، شرح قانون أصول المحاكمات الجنائية اللبنانية ، دار النهضة العربية ، بيروت ، ١٩٧٥ ، ص ٣٩٧.

الفرع الثانى

الاستثناءات الواردة على هذا التفتيش

الأصل أنه متى توافرت شروط التفتيش أمكن إجراؤه فى أى محل يحوى ما يفيد فى التوصل إلى وجه الحق فى الجريمة إلا أن القانون قد استثنى بعض المحال وأضفى عليها حصانة معينة ، فلا يصح تفتيشها رغم تحقق ما يوجب إجراء هذا التفتيش.

وبناء على ذلك فلا يجوز تفتيش شخص صاحب الحصانة الدبلوماسية ولا أعضاء المجالس النيابية ولا القضاة إلا طبقاً للشروط والأوضاع المقررة للتفتيش.

٢١٠- الإستثناءات المتعلقة بالحصانة الدبلوماسية.

تهدف هذه الحصانة إلى إحاطة شخص المبعوث ومسكنه ومراسلاته بنوع من الحصانة ضد الإجراءات الجنائية وذلك بهدف تمكينه من أداء مهام وظيفته بكل استقلال عن سلطات الدولة المعتمد لديها^(١).

وتمتد الحصانة الدبلوماسية إلى أشخاص المبعوثين ومساكنهم ومراسلاتهم ومقر بعثهم على النحو التالى .

أ - شخص المبعوث

ويعنى ذلك حماية من كل تعرض أو إعتداء عليه سواء أكان من جانب الأفراد أم من جانب موظف الدولة ، وبناء على ذلك يتمتع المبعوثون الدبلوماسيون بحصانة شخصية تحول دون تعرض لهم بأى إجراء ماس بالحرية ، سواء كان قبضاً أو تفتيشاً ولا يملك رئيس البعثة أو المبعوث التنازل عن حصانته الشخصية لأنها ليست من حقوقه الشخصية التى يستطيع التصرف فيها وإنما هى مقرر لمقتضيات الوظيفة^(٢) وبناء على ذلك ليس لمأمور الضبط القضائى مباشرة اختصاصاته الاستثنائية ضد شخص المبعوث الدبلوماسى بناء على ارتكابه لجريمة

(2) Mérignhac (A), traité de droit public international, Paris, 1907, t. 2, P. 264.

(٢) د / سامى حسنى الحسينى ، مرجع سابق ، ص ٢١٢

يجرى العمل على تحرير محضر ورفع تقرير الى وزارة الخارجية
ي لها أن تطلب منه مغادرة البلاد خلال مدة معينة (٢).

بعثة :

من المستقر عليه عدم جواز تفتيش مقر البعثات الدبلوماسية والقنصلية
لتمتع هذه الأماكن بالحصانة الدبلوماسية. ومصدر هذه الحصانة العرف الدولي ،
وأساسها الراجح هو اعتبار هذه المقار جزءا من إقليم الدولة التي تتبعها البعثة ،
وطبيعى أن تشمل هذه الحصانة ملحقات هذه المقار مثل الحدائق وغيرها وتظل لهذه
الأماكن حصانتها حتى ولو كان المقيم فيها الشخص المراد تفتيش مسكنه ليس من
الدبلوماسيين إلا إنه إذا أذن رئيس البعثة لسلطات الدولة المضيقة بالدخول والتفتيش
كان هذا التفتيش أمراً مشروعاً كما تتمتع بالحصانة أيضاً مساكن أعضاء السلك
السياسى الأجنبي فلا يجوز تفتيش هذه المساكن إلا برضاء أصحابها (٣) .

ج- فئات الأشخاص الذين يستفيدون من هذه الحصانة :

تمتد الحصانة لتشمل رئيس البعثة الدبلوماسية وأعضائها سواء أكانوا
يشغلون درجات دبلوماسية أو فنية أو إدارية فى البعثة كما تشمل زوجاتهم وأولادهم
وكذلك الأشخاص الذين يعملون فى خدمتهم بشرط ألا يكونوا حاملى جنسية الدولة
التي يوجد بها مقر السفارة أما بالنسبة لموظفى المنظمات الدولية فإن هذه الحصانات
تمتد إلى كبار الموظفين كالأمين العام للمنظمة والأمناء المساعدين وكذلك تمتد هذه
الحصانات إلى موظفى المنظمة الذين يصدر بتعيينهم قرار من المنظمة أما بالنسبة
إلى الكتبة والمستخدمين فلا يتمتعون بهذه الحصانات (٤).

٢١١- الاستثناءات المتعلقة بالحصانة البرلمانية :

(1) Montreuil, les crimes et delits ; Et. Citée ; No. 136 ; P. 25

(2) د/ حامد عبد الحكيم محمود ، مرجع سابق ، ص ٣٤١ - د / ممدوح إبراهيم السبكى ،
مرجع سابق ، ص ٣٥٧

(٣) انظر اتفاقية فينا والمبرمة فى ١٨ أبريل ١٩٦١ والتي عمل بها اعتبارا من ٢٤ أبريل ١٩٦٤
والتي صدقت مصر عليها فى ٩ يونيو ١٩٦٤ د/ عبد الرؤوف مهدى ، مرجع سابق ،
ص ٤٦٤ .

(٤) د / محمد حافظ غانم ، المنظمات الدولية ، مطبعة نهضة مصر ، ط ٢ ، ١٩٥٨ ، ص ٧١ .

نصت المادة ٩٩ من الدستور على أنه " لا يجوز في غير حالة التلبس بالجريمة اتخاذ أية إجراءات جنائية ضد عضو مجلس الشعب إلا بإذن سابق من المجلس ، وفي غير دور انعقاد المجلس يتعين أخذ إذن رئيس المجلس ، ويخطر المجلس عند أول انعقاد له بما اتخذ من إجراء " ومن المقرر أن القانون إذا اشترط إنفاذه فإنه يجوز قبل صدور هذا الإذن اتخاذ جميع الإجراءات الجنائية في الدعوى إلا فيما يتعلق بالإجراءات الموجهة ضد المتهم سواء بالنسبة إلى شخصه أو منزله^(١) وبناء على هذا تشمل الحصانة البرلمانية تكليف عضو مجلس الشعب بالحضور والقبض عليه وحبسه احتياطياً وتفتيشه وتفتيش مسكنه أو محله وضبط المراسلات الصادرة منه أو المرسلة إليه ورفع الدعوى بطبيعة الحال أما الإجراءات الأخرى كسماع الشهود والمعاينة وندب الخبراء فيجوز اتخاذها قبل الإذن لأنها لا تمس شخصية العضو^(٢) .

أما إذا كانت الجريمة في حالة تلبس وتوافرت فيها الشروط اللازمة لممارسة الحق في القبض والتفتيش كان لأمور الضبط سلطة القبض على عضو البرلمان وتفتيش شخصه وذلك استناداً إلى نص المادة سالف الذكر^(٣) .

٢١٢- الحصانة القضائية :

فرقت المادة ٩٦ من قانون السلطة القضائية^(٤) في مدى الحصانة بين التلبس

(١) المذكرة الإيضاحية عن المادتين ١٩ و ٢٠ من مشروع الحكومة لقانون الإجراءات الجنائية.

(٢) د / محمود محمود مصطفى ، الإثبات في المواد الجنائية ، مرجع سابق ، ص ٤١.

(٣) وقد ذهب القضاء الفرنسي إلى تقرير أن الحصانة الإجرائية تتعلق بالنظام العام وتبطل الإجراءات المتخذة على خلاف أحكام هذه الحصانة ولو رضى بها النائب.

Cass Crim, 5 Aout 1882. D. 1883- 1 - 45.

بل يتعين على القاضي أن يثيرها من تلقاء نفسه إذا لم يدفع بها... بل يجوز للدفع بها لأول مرة أمام النقض.

Cass. Crim, 3 Fév. 1955, B. No. 82.

(٤) تنص المادة ٩٦ من قانون السلطة القضائية ٤٦ لسنة ١٩٧٢ " في غير حالات التلبس بالجريمة لا يجوز القبض على القاضي وحبسه احتياطياً إلا بعد الحصول على إذن من اللجنة المنصوص عليها في المادة ٩٤ " .

وتنص الفقرة الثانية من المادة ٩٤ - من ذات القانون " وللقاضى أن يعترض على التنبيه الصادر إليه كتابة من رئيس المحكمة بطلب يرفع - خلال اسبوع من تاريخ تبليغه إياه إلى اللجنة المنصوص عليها في الفقرة الثانية من المادة السادسة من القانون رقم ٨٢ لسنة ١٩٦٩ بشأن المجلس الأعلى للهيئات القضائية " .

وتنص المادة ١٠١ " يكون مقر محاكم الاستئناف في القاهرة والاسكندرية وطنطا والمنصورة والاسماعيلية وبنى سويف واسيوط وقنا ، ويؤلف كل منها من رئيس وعدد كاف من الرؤساء والنواب ورؤساء الدوائر والمستشارين وتصدر الأحكام من ثلاثة مستشارين . ويجوز أن تتعقد محكمة الاستئناف في أى مكان آخر في دائرة اختصاصها لو خارج هذه الدائرة عند الضرورة - وذلك بقرار يصدر من وزير العدل بناء على طلب رئيس محكمة الاستئناف . وكذلك يجوز تأليف دائرة الاستئناف بصورة دائمة من أحد مراكز المحاكم الابتدائية بقرار يصدر من وزير العدل بعد أخذ رأى الجمعية العامة لمحكمة الاستئناف " .

وغيره ، ففي حالات التلبس بالجريمة - جنائية أو جنحة - أجاز القانون للنائب العام أن يقبض على القاضي أو يحبسه احتياطياً " وأوجب عليه أن يرفع الأمر إلى اللجنة المنوه عنها في المادة ٩٤ خلال أربع وعشرين ساعة من تنفيذ الأمر ، وفي غير حالات التلبس لا يجوز القبض على القاضي أو حبسه إلا بإذن من اللجنة ، وفي غير حالات التلبس وغيرها لا يجوز اتخاذ أي إجراء من إجراءات التحقيق مع القاضي ، عدا ما ذكر أو رفع الدعوى الجنائية عليه إلا بإذن من اللجنة وبناء على طلب من النائب العام والمقصود بإجراءات التحقيق ما يمس شخص القاضي كتنقيشه وتنقيش مسكنه أو استجوابه ومواجهته بالشهود. ولكن من الجائز اتخاذ الإجراءات الأخرى كسماع الشهود وإجراء معاينة^(١).

(١) للقضاء وإن كانوا موظفين عموميين لا تطبق مفهوم الموظف العام عليهم (ورد تعريف الموظف العام في إحدى فتاوى مجلس الدولة إذ جاء فيها أن الموظف العام هو من يقوم بعمل دائم في خدمة مرفق عام تديره أو تشرف عليه الدولة أو أحد أشخاص القانون العام " - فتوى رقم ٦٣٦ في ١٦/٩/١٩٥٩ ، مجموعة المكتب الفني بمجلس الدولة لفتاوى الجمعية العمومية للقسم الاستشاري ، ص ١٣ ، رقم ٢١٩) ألا أنهم ليسوا موظفين في الجهاز الحكومي ، لأن المقصود بهذا الأخير التابعة للسلطة التنفيذية ، أما القضاء فهم تابعون للسلطة القضائية.

ولا يختص أعضاء الرقابة القضائية بالكشف عن جرائم القضاء بحسبان أنهم لا يعملون في الجهاز الحكومي ولكن هذا لا يعني في ذات الوقت استقلال القضاء بانحرافهم لأن وقوع جريمة من أحدهم لا يحول دون ضبطها والقبض على مرتكبيها بمعرفة مأموري الضبط القضائي متى كانت الجريمة جنائية أو جنحة معاقب عليها بالحبس مدة تزيد على ثلاثة أشهر وكانت الجريمة في حالة تلبس. فإذا كانت الجريمة في غير حالات تلبس فلا مفر من إلزام مأموري الضبط القضائي بما ورد النص عليه في المادة ٩٦ من قانون السلطة القضائية من وجوب الحصول على إذن من اللجنة المنصوص عليها في المادة ٩٤ من ذات القانون وذلك بالنسبة لكافة الإجراءات التي تتطوى على معاس بالحرية الشخصية للقاضي كالإذن بالقبض عليه أو تنقيش مسكنه أو مراقبة محادثاته التليفونية د/ إبراهيم حامد طنطاوي ، التعليق على حكم محكمة النقض (الدائرة الجنائية) رقم ٨٧٩٢ لسنة ٧٢ ق و ٢٧٣٧٥ لسنة ٧٢ ق ، دار النهضة العربية ، ٢٠٠٤ ، ص ٧٢.

وقد نظم قانون السلطة القضائية رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢ في المواد من ٩٣-١٥٠ قواعد مساعلة القضاء تأديبياً. ويختص بتأديب القضاء مجلس تأديب خاص يشكل برئاسة رئيس محكمة النقض وعضوية أقدم ثلاثة من رؤساء محاكم الاستئناف وأقدم ثلاثة من مستشاري محكمة النقض.

وقد أحاط المشرع المحاكم التأديبية للقضاء بضمانات عدة أهمها :

١. لا تقام الدعوى التأديبية إلا من النائب العام بناء على طلب وزير العدل أو بناء على اقتراح رئيس المحكمة التي يتبعها القاضي م ١/٩٩ وإذا لم يقر النائب العام برفع الدعوى خلال ثلاثين يوماً من تاريخ الطلب ، جاز لمجلس التأديب أن يتولى من تلقاء نفسه الدعوى بقرار يبين فيه الأسباب م ٣/٩٩.
 ٢. لا يقدم الطلب المشار إليه إلا بعد إجراء تحقيق جنائي أو إداري يتولاه أحد نواب رئيس محكمة النقض أو رئيس محكمة استئناف يندبه وزير العدل بالنسبة إلى المستشارين أو مستشار من إدارة التنقيش القضائي بالنسبة إلى الرؤساء بالمحاكم الابتدائية وقضااتها (م ٢/٩٩)
 ٣. رفعاً للخرج عن القاضي ، تنقضى الدعوى التأديبية باستقالة أو إحالة إلى المعاش م ١/١٠٤ .
 ٤. تكون جلسات المحاكمة التأديبية سرية (م ١/١٠٦) والنطق بالحكم في جلسة سرية (م ١٠٧)
 ٥. للقاضي أن يحضر أمام مجلس التأديب وله أن يقدم دفاعه كتابة وله أن يثبت في الدفاع عنه أحد رجال القضاء من غير مستشاري محكمة النقض (م ٣/١٠٦)
 ٦. حفاظاً على كرامة القاضي لا يحكم عليه إلا بأخذ عقوبتين تأديبيتين هما اللوم والعزل (م ١٠٨)
- د/ محمد كامل عبيد ، استقلال القضاء " دراسة مقارنة " ، بدون جهة طبع ، ١٩٩١ ، ص ٣٥٤ - د / حسام الدين محمد احمد ، رسالة سابقة ، ص ١٢٧.

الفرع الثالث

حدود تفتيش شخص المقبوض عليه

٢١٣- تنفيذ التفتيش :-

تفتيش شخص المتهم يعني تحسس ملابسه من الخارج كما يعنى التقيب فيها بدقة . وكذلك فحص الجسد ظاهرياً لبيان ما به من آثار تساعد فى إجلاء الحقيقة كما أنه يشمل المنقولات الأخرى كافة التى بحوزة المتهم وقت التفتيش^(١).

وقد ذهب القضاء الفرنسى إلى أن تحسيس ملابس الشخص يعتبر فحصاً ظاهرياً لا يعد تفتيشاً بدنياً لأن التفتيش البدنى يتضمن قدراً من الإكراه وهو ما لا يتوافر فى الملامسة^(٢).

ويمتد التفتيش إلى أى شئ من شأنه أن يكون دليلاً على ارتكاب الجريمة مثل العثور على أى أوراق أو مستندات أو وثائق تكون مفيدة فى إظهار الحقيقة (المواد ٩٤ ، ٩٥) من قانون الإجراءات الفرنسى^(٣) .

يتعين على المتهم أن يخضع للتفتيش طواعية ، فإن أبى كان لمأمور الضبط القضائى اللجوء إلى القوة لإجباره على الخضوع للتفتيش بشرط أن يكون الإكراه الذى تعرض له المتهم بالقدر اللازم لتنفيذه فإذا زاد الإكراه عن القدر اللازم لتنفيذ التفتيش كلن

(1) Pédamonc (Michel), La fouille corporelle ; Rev S. C. Crim. 1967, 468.

(2) Betille (R) et Benna khlauf (A), Op. Cit. P. 16

وفى هذا المعنى Trip, Carr. Paris, 12 Janv. 1954. D. 1954; 71.

وهذا رأى محل نظر ذلك أن مجرد فحص الجسد فحصاً ظاهرياً أو تحسيس ملابس الشخص من الخارج ينطوى على اعتداء على حرمة السر على أساس أن موضع الفحص يمكن أن يكون مستودع السر لهذا الشخص.

(3) Cass. Crim., 27 act. 1959 : Bull. Crim. No 450, Jcp, 1959, II, 11375, et notre note .

81 Juin 1966 : DS 1966 , 542 .

هذا العمل غير مشروع وبطل الدليل الذى أسفر عنه هذا القدر الزائد من الإكراه ^(١) بل إن استعمال قدر زائد من الإكراه عن الحد اللازم قد يرتب المسؤولية الجنائية لمأمور الضبط القضائي ويخضع تقدير عمل مأمور الضبط القضائي لرقابة جهات التحقيق والمحاكمة .

(١) وبطلان التفتيش وما يترتب عليه من آثار كانت من أهم المشكلات التى اثيرت فى القضاء الأمريكى حيث اتجهت المحكمة العليا فى كاليفورنيا إلى التحويل على آثار التفتيش الباطل تأسيسا على أن قاعدة استبعاد الأدلة لن تفيد الا طائفة معينة من المتهمين هم هؤلاء المجرمين الذين لا يمكن أدانتهم بغير الأدلة المستمدة من إجراء باطل ، وان تمكين هؤلاء المجرمين من الإفلات من العقاب لا يعتبر مقابلا عادلا لانتهاك حقوقهم الدستورية كما انه لا يعتبر عقابا للقائمين بالإجراء الباطل وكذا فإنها لن تؤدي إلى حماية المجتمع من المجرمين وبينما يتعين عقاب المجرم على جريمته وعقاب القائمين بالإجراء الباطل لمخالفتهم النصوص الدستورية ، فإن قاعدة استبعاد الأدلة لن تؤدي إلى تحقيق أى من هذين الغرضين ، بل على العكس من ذلك سوف تؤدي إلى إفلات المجرمين من العقاب بسبب أخطاء رجل الشرطة ويبقى المجتمع دون حماية من مخالفات القانون هذا إلى انه لا يوجد ما يثبت أن قاعدة استبعاد الأدلة قد أدت إلى منع التفتيش والقبض الباطلين

ثم عادت المحكمة وخالفت ما ذهبت إليه باستبعاد الأدلة المستمدة من التفتيش الباطل وعللت هذا بأن الخبرة اثبت أن طرق العلاج الإدارية والجنائية والمدنية لم تقلح فى الحيلولة دون ارتكاب التفتيش والقبض الباطلين. هذا إلى أن استبعاد أدلة مستمدة من الإجراء الباطل جزاء لا يعادله - من حيث قوة الأثر - أى جزاء آخر فالقضايا المدنية التى أقيمت على ضباط الشرطة من أجل مخالفتهم للقانون هى من الندرة بمكان كما أن الدعاوى المدنية التى وقعت على هؤلاء الضباط تكون منعدمة وبالتالي فإنه إذا أريد للضمانات الدستورية أن تحمى ، فلا مفر من وجوب إهدار الأدلة المستمدة من مخالفتها - د / احمد فتحى سرور ، اثر التفتيش الباطل " مقارنة بين اتجاهات كل من القضائين الأمريكى والمصرى ، المجلة الجنائية القومية ، بدون سند وتاريخ ، ص ١٥٤ - وما بعدها

اتجاهات محكمة النقض المصرى :

نصت المادة ٣٣٦ من قانون الإجراءات على انه " إذا تقرر بطلان أى إجراء فإنه يتناول جميع الآثار التى تترتب عليها مباشرة " وتطبيقا لهذا استقر قضاء النقض " على محكمة الموضوع ان تطرح الدليل المستمد من التفتيش الباطل فلا يصح لها الاعتماد عليه ولا على شهادة من أجروه ولا على ما أثبتوه فى محضرهم أثناء التفتيش من أقوال واعترافات مقول بحصولها ، أمامهم من المتهم ، لأن مثل هذه الشهادة تتضمن فى الواقع اخباراً منهم عن أمر ارتكبهه مخالفًا للقانون .

نقض ١٩٣٤/٦/١١ ، مجموعة القواعد القانونية ، ج-٣ ، رقم ٢١٦ ، ص ٣٥٦ ، ١٩٣٤/٣/١٢
رقم ٢١٩ ص ٢٩٠ - ١٩٥٠/١١/٢٨ ، أحكام النقض ، س ٢ ، رقم ٩٧ ، ص ٢٥٥ - نقض
١٩٥٨/١٠/٢١ ، س ٩ ، رقم ٢٠٦ ، ص ٨٣٩ .

٢١٤- مشروعيتها استخدام الوسائل العلمية في التفتيش :

وإذا كان التفتيش بمفهومه السابق محل اتفاق بين الفقهاء فهل يجوز أن يمتد نطاق التفتيش إلى داخل جسم الإنسان كفحص الدم أو غسل المعدة ؟.

أولاً : فحص الدم :-

تنص المادة ٦٦ من قانون المرور ٦٦ لسنة ١٩٧٣ " يحظر قيادة مركبة على من كان واقعا تحت تأثير خمر أو مخدر وإلا سحبت رخصة قيادته إداريا ولمدة تسعين يوما ولضباط وأمناء ومساعدى الشرطة والمرور عند الاشتباه فحص حالة قائد المركبة بالوسائل الفنية التى يحددها وزير الداخلية بالاتفاق مع وزير الصحة ، أو إحالته إلى أقرب مقر شرطة أو مرور لإحالاته إلى أقرب جهة طبية مختصة لفحصه " وعليه يتبين أن أخذ الدم لتحديد نسبة الخمر (الكحول) فيه من أجل الكشف عن مخالفة سائق المركبة فى حالة سكر أو تخدير مسموح به خاصة بعد أن ثبت علميا أن نسبة الكحول يمكن أن تقاس من خلال هواء التنفس أولاً ولفترة محددة ثم يمكن معرفتها من خلال تحليل الدم (١).

وتطبيقا لهذا ذهب قضاء فرنسا إلى إجازة أخذ عينة من دم أحد الخصوم لتحليلها توصلأ إلى تقديم دليل علمى فى النزاع حيث ذهبت محكمة ليل سنة ١٩٤٧ م - على أثر نزاع بين زوج وزوجته فى شأن ابن لهما وقد طلب الزوج إحالة الأمر إلى خبير لفحص عينة من دم الأم ودمه ودم الطفل للتحقق من نسبة الطفل إليه ، وقد رفضت الزوجة هذا الطلب ودفعت بمخالفته لمقتضى الحرية الشخصية وقد أمرت المحكمة بإجراء الفحص المطلوب وقد بررت حكمها بأن التطور العلمى أثبت تنوع دم الإنسان إلى مجموعات متعددة لكل منها خصائص وإنه بالفحص يمكن القطع بابتعاد علاقة البنوة ، يضاف إلى ذلك أن للقاضى فى حدود القانون المرسوم أن يلجأ إلى تكوين عقيدته فى استخدام الوسائل التى تبدو له مناسبة لإظهار الحقيقة وأن أخذ عينة الدم من العمليات البسيطة التى لا خطورة فيها (٢).

ونحن من جانبنا لا نرى غضاضة فى هذا حيث أن كل عمل لا يفرض تضحية كبيرة أو خطيرة بالحرية الشخصية أو السلامة الجسدية فى هذا المجال بعد

(١) د / محمد عودة ذياب ، مرجع سابق ، ص ٤٠١.

(٢) د / احمد أبو القاسم احمد ، مرجع سابق ، ص ٢٥٠.

مقبولاً^(١) ولا يجب أن يعتبر هذا اعتداءً على السلامة الجسمية والنفسية للإنسان والمعيّار هنا موضوعي يقوم على الموازنة بين حجم الضرر الفردي والمنفعة العامة.

خاصة مع ما ثبت علمياً من أن الشخص يرث نصف العوامل الوراثية من الاب والنصف الآخر من الأم ومن نتائج الأبحاث والتي تجرى على عينات الدم والحامض النووي (DNA) يمكن الجزم بثبوت النسب من عدمه^(٢).

ثانياً : غسيل المعدة :-

قد يتطلب البحث أو أعمال الفحص الفنية المتعلقة بالخبرة إجراء غسيل للمعدة وتحليل هذه المتحصلات وقد اختلف الرأي في هذا الشأن فالبعض يرى أن القاتنون لم ينص على اعتبار غسيل المعدة المتهم أحد إجراءات التفتيش ولهذا فإنه لا يوجد سند قانوني لمباشرة هذا الإجراء^(٣) بينما يذهب رأي آخر إلى اعتبار إجراءات غسيل المعدة ضمن إجراءات التفتيش وليس هناك ما يبرر استثناءها^(٤).

وتطبيقاً لهذا ذهبت محكمة النقض إلى أنه " متى كان الإكراه الذي وقع على المتهم إنما كان بالقدر اللازم لتمكين طبيب المستشفى من الحصول على متحصلات معدته فإنه لا تأثير لذلك على سلامة الإجراءات^(٥) .

(١) د / حسن على حسن السني ، شرعية الدليل المستمد من الوسائل العلمية ، رسالة دكتوراه ، " جامعة القاهرة " ، ١٩٨٣ ، ص ٢٢٦ -

(٢) القضية رقم ٥١ لسنة ٢٠٠١ - داري مركز المنصورة ، القضية رقم ٨١٢٢ لسنة ٢٠٠٢ داري قسم ثاني المنصورة ، القضية رقم ٩٧٧ لسنة ٢٠٠٤ شئون أسرة المنصورة .

(٣) د / أنور غالي الذهبي ، جرائم المخدرات في التشريع المصري ، مرجع سابق ، ص ٢٤٠ .

د / مأمون سلامة ، الإجراءات الجنائية معلقاً عليه بالفقه والقضاء ، مرجع سابق ، ص ٢٤٨

د / محمد زكي أبو عامر ، مرجع سابق ، ص ٢٦٩ .

(٤) د / محمود نجيب حسني ، مرجع سابق ، ص ٥٨٨ - د / فوزية عبد الستار ، مرجع سابق ، ص ٢٧٩

- د/سامي حسن الحسيني ، مرجع سابق ، ص ٢٤٥ .

(٥) نقض ١٩٥٧/٢/٤ ، أحكام النقض ، س ٨ ، رقم ٣١ ، ص ١٠٤ - نقض ٧٢/٣/١٢ ، س ٢٣ ، رقم ٨١ ، ص ٣٥٧ .

- هذا وقد أثار البعض أمام اللجنة الأوروبية لحقوق الإنسان ، أن أمر السلطات بإخضاع الشخص للفحص الطبي أمر يخالف ما جاء بالمادة الثالثة من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان .

- Vitu. M.J. " La convention Européennes des droits de L'Homme au Respect de la vie privée du domicile et des communication Brux elles, 30 Sept. 3 Oct. 1970.

- ولكن اللجنة الأوروبية قررت أن الفحص الطبي إجراء عادي في التحقيق مادام ملائماً للدعوى ورضاء المتهم بإجراء تلك الفحوص لو الكشف الطبي أو اخذ العينات أو رفضه لا يغير من الأمر شيء وهو إجراء لا غبار عليه د/ احمد أبو القاسم احمد ، مرجع سابق ، ص ٢٥٩ .

الفرع الرابع تفتيش الانثى

٢١٥- ندب انثى للتفتيش :-

إذا كان المتهم أنثى وجب أن يكون تفتيشها بمعرفة أنثى فقد نصت المادة ٤٦ من قانون الإجراءات الجنائية (فى فقرتها الثانية) على أنه " إذا كان المتهم أنثى يجب أن يكون التفتيش بمعرفة أنثى يندبها لذلك مأمور الضبط القضائي " وتتعلق هذه القاعدة بالنظام العام ، إذ الهدف منها المحافظة على الآداب العامة^(١) و يجد هذا الاستثناء حدوده عند الأجزاء التى تعتبر من عورات المرأة التى تخدش حيائها إذا مست^(٢) وتطبيقا لهذا استقر قضاء النقض على أن " تنفيذ الإنن بتفتيش الطاعنة دون الاستعانة بانثى - لا يعيب لإجراءاته طالما اقتصر على مواضع لا تعتبر من عورات المرأة التى لا يجوز لرجل أن يطلع عليها " ^(٣) لذلك فإن رجل البوليس لا يكون قد خالف القانون إذا هو النقط لفافة المخدر التى طالعت فى وضعها الظاهر بين أصابع قدم المتهمه^(٤) ولا يعد أيضا مخالفا للقانون - قيام المتهمه بنفسها

(١) نقض ١٩٨٤/١/٣١ ، أحكام النقض ، س ٣٧ ، رقم ١٩ ، ص ٩٥ - نقض ١٩٩٤/٥/٩ ، س ٤٥ ، رقم ٩٦ ، ص ١٢٤ - نقض ١٩٩٧/١٠/١٩ ، س ٤٨ ، رقم ١٦٩ ، ص ١١٢٣

(٢) ويذهب رأى إلى أن الحكمة من هذا القيد لا تتمثل فى أن مأمور الضبط إذا فتش الانثى وهو رجل يرتكب حسب الأصل جريمة هناك عرض ، لأنه حتى إذا جرى المساس لجسم الانثى من أنثى مثلها وفى مواضع العفة من جسمها فإن هذا المساس يكون فى الأصل هو الآخر هناك عرض إذا لم يكن فيه أداء لواجب قانونى هو التفتيش أو لم يكن فيه استخدام لرخصة كالفحص الطبى وإن فالحكمة الملهمه للقاعدة التى تتطلب تفتيش الانثى بواسطة أنثى مثلها هو الحرص على الكرامة الأدمية للإنسان حتى يكون أنثى ، ذلك لأنها تخشى وهى فى موقف الاتهام بإذلال لانوثتها لو قام بتفتيشها رجل بينما لا يكون لهذا الإحساس ذات القدر من الجدة لو قامت بتفتيشها أنثى من جنسها د/رمسيس بهنام ، الإجراءات الجنائية تأصيلا وتحليلا ، مرجع سابق ، ص ٦٩ - د/ فوزية عبد الستار ، مرجع سابق ، ص ٢٧٩.

(٣) نقض ٨٤/١/٣١ ، أحكام النقض ، س ٣٥ ، رقم ١٩ ، ص ٩٥ - نقض ٩٤/٥/٩ ، س ٤٥ ، رقم ٩٦ ، ص ١٢٤ - نقض ٩٧/١٠/١٩ ، س ٤٨ ، رقم ١٦٩ ، ص ١١٢٣.

(٤) نقض ١٩٥٧/٥/٢٠ ، أحكام النقض ، س ٨ ، رقم ١٤٣ ، ص ٥٢١

بتقليب جيوبها وإخراج علبة المخدر منها ^(١) أو جذب مأمور الضبط المخدر من يد المتهم ^(٢)

ولا يشترط في الأنثى التي تتولى التفتيش أن تكون موظفة عامة ، وإن كانت تعتبر حين أدائها لهذه المهمة مكلفة بخدمة عامة ولم يتطلب القانون أن تحلف هذه الأنثى يمينا قبل أدائها مهمتها " إلا إذا خيف ألا يستطاع فيما بعد سماع شهادتها بيمين " ^(٣) ويجب أن يذكر المأمور في محضره اسم هذه الأنثى كي يتاح استدعاؤها للشهادة في مراحل الدعوى التالية.

ولا يشترط لصحة الذنب الصادر عن مأمور الضبط القضائي أن يكون كتابه بل يكفي أن يكون الذنب شفها ^(٤).

٢١٦- التفتيش بمعرفة طبيب :

قضت محكمة النقض أول الأمر بعدم جواز ذلك ، تأسيسا منها على أنه لا محل للقول بأن الطبيب يباح له بحكم مهنته مالا يبيح لغيره من الكشف عن الإناث وانتهت في هذا الحكم إلى بطلان إجراء التفتيش في هذه الحالة ^(٥) على أن محكمة النقض عدلت عن هذا الاتجاه القضائي في حكم أجازت فيه الاستعانة على تفتيش الأنثى بطبيب فقالت : أن الكشف عن المخدر في مكان حساس من جسم الطاعنة بمعرفة طبيب المستشفى لا تأثير له على سلامة الإجراءات وذلك لأن قيامه بهذا الإجراء إنما كان بوصفه خبيراً وما أجراه لا يعدو أن يكون تعرضاً للطاعنة بالقدر الذي تستلزمه عملية التدخل الطبي اللازم لإخراج المخدر من موضع إخفائه في

(١) نقض ١٩٥٧/١٢/٣ ، أحكام النقض ، س ٨ ، رقم ٢٦٠ ، ص ٩٤٨.

(٢) نقض ١٩٦٠/٢/٨ ، أحكام النقض ، س ١١ ، رقم ٣٠٥ ، ص ١٤٨ - نقض ١٩٦٦/٣/٧ ، س ١٧ ، رقم ٥١ ، ص ٢٥٨ - نقض ١٩٧٢/٥/٢١ ، س ٢٣ ، رقم ١٦٩ ، ص ٧٥٩.

(٣) د / محمود نجيب حسنى ، مرجع سابق ، ص ٥٩١ - د / عبد الفتاح مصطفى الصيفى ، مرجع سابق ، ص ٢٧٩ - وفي هذا المعنى نقض ١٩٧٢/٥/٢٩ ، أحكام النقض ، س ٢٣ ، رقم ١٨٧ ، ص ٨٣٥.

(٤) د / حسن صادق المرصفاوى ، أصول الإجراءات الجنائية ، منشأة المعارف ، ١٩٨٢ ، ج ١ ، ص ٢٧٤.

(٥) نقض ١٩٥٥/٤/١١ ، أحكام النقض ، س ٦ ، رقم ٢٤٩ ، ص ٨٠٧.

جسم الطاعنة^(١) وإذا احتاج إخراج المخدر من جسم المتهمة إلى تدخل طبي فالإجراء مشروع لأنه بمثابة ضرورة إجرائية احتاجت إلى خبرة طبية.

والرأى عندنا هو سلامة الاتجاه الأول لقضاء النقض فالعلة من وضع المادة ٤٦ (في فقرتها الثانية) هو معاملة المتهم بما يحافظ على كرامته ومما لا شك فيه أن إسناد هذه المهمة إلى طبيب ينطوي على إهدار للكرامة فضلاً على أنه ينطوي على إيذاء معنوي لها وهو الأمر الذي حظره قانون الإجراءات في المادة ٢/٤٠ أ. ج " تجب معاملته بما يحفظ عليه كرامة الإنسان ولا يجوز إيذاؤه بدنياً أو معنوياً " ومخالفاً لوضوح النص في أن التفتيش لا يكون إلا بمعرفة أنثى ونفس الأثر ينصرف إذا كان التفتيش بمعرفة الزوج^(٢) مع الأخذ بعين الاعتبار انعدام الرضا في هذه الحالة (التفتيش بمعرفة الزوج) لوجود نوع من الإكراه المعنوي على الزوج والذي يبطل معه الإجراء المتخذ وما يترتب عليه من آثار.

وفي فرنسا لم يتضمن قانون الإجراءات نصاً في هذا الشأن فالقانون لم يتحدث عن تفتيش المقبوض عليه تفتيشاً قضائياً وبالتالي لم يتحدث عن تفتيش الأنثى^(٣).

واتجهت غالبية التشريعات العربية إلى الأخذ بهذه القاعدة ومنها القانون الاردني ٢/٨٦ ، الاماراتي ٢/١٢ ، البحريني ٢/٢٧ ، السوداني ٢/٤١ ، العراقي ٨٠ ، القطري ٢/٣٠^(٤).

(١) نقض ٧٦/١/٤ ، أحكام النقض ، س ٢٧ ، رقم ٢١ ، ص ٩.

(٢) يذهب رأى إلى أنه إذا تم التمسك بحرفية نص الفقرة الثانية من المادة ٤٦ من قانون الإجراءات فإننا نصل إلى بطلان التفتيش في هذه الحالة أما إذا تجاوزنا حرفية النص إلى الحكمة منه ، فإننا نخلص إلى صحة هذا الإجراء د / عبد الفتاح مصطفى الصيفي ، مرجع سابق ، ص ٢٨٠.

(3) CHAmpon (P), Op. Cit, No 168. P. 115.

(٤) ومشار إليه د / إبراهيم طنطاوي ، مرجع سابق ، ص ٨٠٦.

المطلب الثالث

تفتيش المساكن

٢١٧- تمهيد وتقسيم :-

تفتيش المنازل عمل من أعمال التحقيق فلا يجوز الالتجاء إليه إلا بناء على اتهام موجه إلى شخص مقيم في المنزل المراد تفتيشه بارتكاب جناية أو جنحة أو باشتراكه في ارتكابها أو إذا وجدت قرائن ودلائل على أنه حائز لأشياء تتعلق بالجريمة (المادة ٩١ إجراءات)^(١) ولما كان التفتيش إجراء من إجراءات التحقيق فإن الأصل فيه أنه يدخل في اختصاص سلطة التحقيق ومن ثم فلا يجوز لمأمور الضبط القضائي القيام به إلا بناء على إذن من هذه السلطة ومع هذا فقد خرج المشرع على هذا الأصل وأعطى لمأمور الضبط القضائي - بصورة استثنائية - سلطة القيام به في حالة التلبس بجناية أو جنحة وذلك بقصد ضبط الأشياء والأوراق التي توجد فيها وبشرط أن يتضح من إمارات قوية أنها موجودة فيه. بهذا قضت المادة ٤٧ من قانون الإجراءات قبل الحكم بعدم دستوريته^(٢) . فقد أثار تطبيق هذا النص كثيراً من التساؤل حول مدى اتفاقه مع أحكام الدستور إلى أن حسم الأمر بما انتهت إليه المحكمة الدستورية في حكمها الشهير الصادر في ٢ يونيو سنة ١٩٨٤ بعدم دستورية المادة ٤٧ من قانون الإجراءات الجنائية^(٣) .

ولما كانت المادة ٤٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ تقضى في فقرتها الأولى بأن " أحكام المحكمة في الدعاوى الدستورية وقراراتها بالتفسير ملزمة لجميع سلطات الدولة ولكافة " وفي فقرتها الثالثة بأن "

(١) معدلة بق ٣٧ لسنة ١٩٧٢.

(٢) د / جلال ثروت ، نظم الإجراءات الجنائية ، مرجع سابق ، ص ٣٩٦ .

(٣) وتطبيقاً لهذا قضت محكمة النقض " أن كل ما يشترط لصحة التفتيش الذي تجريه النيابة العامة أو تأذن بإجرائه في مسكن المتهم أو ما يتصل بشخصه هو أن يكون رجل الضبط قد علم من تحرياته واستدلالاته أن جريمة معينة جنائية أو جنحة قد وقعت من شخص معين وأن يكون هناك من الدلائل والإمارات الكافية والشبهات المقبولة ضد هذا الشخص تبرر تعرض التحقيق لحرمة مسكنه أو ما يتصل بشخصه في سبيل كشف مبلغ اتصاله بتلك الجريمة.

نقض ٩٣/١/١٧ ، أحكام النقض ، س ٤٤ ، رقم ٩ ، ص ٨٦ - نقض ٩٤/٢/١٥ ، س ٤٥ ، رقم ٤٣ ، ص ٣٠٢

يترتب على الحكم بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة عدم جواز تطبيقه من اليوم التالي لنشر الحكم . فإنه يترتب على ذلك أن نص المادة ٤٧ أ. ج قد أصبح نصاً معطلاً لا يجوز تطبيقه ^(١).

ومعنى ما تقدم أن سلطة مأمور الضبط في تفتيش منزل المتهم قد أصبحت - منذ نشر هذا الحكم - مقصورة على حالة النذب من سلطة التحقيق لإجراء التفتيش لذلك ستكون دراستنا لهذا المطلب على النحو الآتي.

الفروع الأول : المقصود بالمسكن.

الفروع الثاني : تميز تفتيش المساكن عن دخول المحال العامة.

الفروع الثالث : قواعد تنفيذ تفتيش المسكن.

(١) وتطبيقاً لهذا قضت محكمة النقض " الحكم بعدم دستورية نص تشريعي أثره . عدم جواز تطبيقه من اليوم التالي لنشره . م ٤٩ / ٣ من قانون المحكمة الدستورية العليا . إنسحاب هذا الأثر إلى المستقبل والعلاقات السابقة على صدوره إلا الحقوق التي استقرت بحكم بات استنفذ كافة طرق الطعن بما فيها النقض . تعلق ذلك بالنظام العام . مؤداه إلزام محكمة النقض بإعماله من تلقاء نفسها وجواز إثارته أمامها .

نقض ١٩٩٩/٢/٢٢ ، أحكام النقض ، س ٥٠ ، رقم ٥٦ ، ص ٢٩٩ .

الفرع الأول المقصود بالمسكن

استعمل المشرع الإسلامي في الآية التي تنهى عن دخول مسكن الغير لفظ بيت " في قوله تعالى (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَدْخُلُوا بُيُوتًا غَيْرَ بُيُوتِكُمْ حَتَّى تَسْتَأْذِنُوا وَتَسَلِّمُوا عَلَى أَهْلِهَا ذَلِكَ خَيْرٌ لَكُمْ لَعَلَّكُمْ تَذَكَّرُونَ) (١).

والبيت في اللغة اسم لمسقف واحد له دهليز يتخذ مأوى للإنسان أو البهائم سواء كان من حجر أو مدر أو صوف أو أي شيء آخر (٢).

وبيت الإنسان مسكنه وقد وردت البيوت في الآية الكريمة نكرة واقعة في سياق النهي فكانت من ظاهرها شاملة للبيوت المسكونة وغير المسكونة إلا أن الآية مقابلها بقوله تعالى (لَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَنْ تَدْخُلُوا بُيُوتًا غَيْرَ مَسْكُونَةٍ فِيهَا مَتَاعٌ لَكُمْ وَاللَّهُ يَعْلَمُ مَا تُبْدُونَ وَمَا تَكْتُمُونَ) (٣) فالآية الكريمة أخص من التي قبلها وذلك أنها تقتضي جواز الدخول إلى البيوت التي ليس فيها أحد إذا كان له متاع فيها بغير إذن كالبيت المعد للضيف إذا أذن له فيه أول مرة كفى (٤).

٢١٨- ماهية المكان المسكون :- Lieu habité

لم يضع قانون العقوبات تعريفا للمكان المسكون (٥) لذلك اتجه الفقه إلى القول بأنه " كل مكان يقيم فيه الشخص بصفة دائمة أو مؤقتة بحيث يكون حرما آمنا لا يباح لغيره دخوله إلا بإذن منه " (٦).

(١) سورة النور - الآية (٢٧)

(٢) دائرة المعارف للبستاني ، جـ ٥ ، " بيروت " ، ١٨٨١ ، ص ٧٣٠ ومشار إليها ، د/ حامد عبد الحكيم محمود راشد ، رسالة سابقة ، ص ٤٤.

(٣) سورة النور الآية (٢٩).

(٤) تفسير القرآن العظيم ، ابن كثير ، مرجع سابق ، جـ ٣ ، ص ٢٧٢.

(٥) وهو ذات مسلك المشرع الفرنسي آداء نص المادة ٣٩٠ ع فرنسي بصدد تشديد العقوبات على السرقات في المساكن.

Jeanidier, repression du vol simple, Circonstances aggravantes J.C.L. De. droit. Penal , 1989, art. 385 a : 385, N. 37, P. 13.

(٦) د/ جلال ثروت ، مرجع سابق ، ص ٢٩٩ - د / فوزية عبد الستار ، مرجع سابق ، ص ٢٧٤ - د/ حسنى الجندي ، شرح قانون الإجراءات ، مرجع سابق ، ص ٥٩٦.

٢١٩- أنواع الأماكن المسكونة:

يتجه الفقه إلى تقسيم الأماكن المسكونة إلى قسمين هما الأماكن المخصصة للسكن بطبيعتها، والأماكن المسكونة فعلا وإن لم تكن مخصصة للسكن.

فالأماكن المخصصة للسكنى بطبيعتها هي الأماكن التى أعدت للإقامة والاستقرار ومسكونة فعلا. ومن أمثلتها المنازل ، والغرف المؤجرة ، وغرف الفنادق ، والمستشفيات وما شابه ذلك^(١).

أما الأماكن المسكونة فعلا وإن لم تكن مخصصة للسكن ، فهي أماكن لم تنشأ بغرض الإقامة والاستقرار وإنما أنشئت لأغراض أخرى إلا إنه نظراً لوجود شخص يبيت فيها لحراستها فإنها تعد من قبيل الأماكن المسكونة ومن أمثلتها المدارس والمتاجر ودور المحاكم والبنوك^(٢).

أما بالنسبة للمساكن الخالية كالمنزل الذى يتم بناؤه حديثاً والمساكن المعدة للإيجار فإنها لا تعتبر من قبيل الأماكن المعدة للسكنى^(٣) كذلك لا يعد مقر جمعية أو شركة مسكناً بالنسبة لرئيسها^(٤) وكذلك الشقة أو المنزل الذى دمر جزء منه بحريق أو فيضانات ونحوه ولم يعد مأهولاً بالسكان فإنه لا يصح إطلاق اسم مسكن عليه ولا تطبق عليه الأحكام والقواعد التى تسرى على المساكن^(٥).

(1) Cass. Crim., 24 Juin 1893 : S., 93, 1, 497. – 31. Janv. 1914 : D., 1918, 1, 76- 30 mai

1980 : B. C., no 165.

(٢) د / عمر السعيد ، مرجع سابق ، ص ٣٢٧ - د / عبد الرؤف المهدي ، مرجع سابق ، ص ٤٥٨ - د / إبراهيم حامد طنطاوى ، المسئولية الجنائية عن جنابات السرقة ، مرجع سابق ، ص ٥٣.

(٣) د / فوزية عبد الستار ، شرح قانون العقوبات ، " القسم الخاص " ، مرجع سابق ، ص ٨٤. د / حسن صادق المرصفاوى ، جرائم الأموال ، نهضة مصر ، ١٩٥٦ ، ص ٦٩.

(4) Cass. Crim 27 Sept. 1984 : B. C., no 275 ; JCP, 1984, 1V, 327.

(5) Cass. Crim., 31 Mai 1994 : B. C., no 213.

كذا لا يمكن اعتبار السفينة أو المركب التى يبلغ طولها خمسة أمتار دون إعداد أو تنظيم للسكن أنها مسكن.

Cass. Crim, 20 Nov. 1984 : B. C., no 355.

ونخلص مما سبق إلى أن المسكن هو مكان خاص أعده حائزه للإقامة فيه فإذا انتفى شرط الإقامة لا يعتبر المكان منزلاً ولو كان خاصاً وبناءً على ذلك فإن المكاتب والعيادات الطبية لا تعتبر مساكن ولا يطبق عليها قواعد التفتيش المتعلقة بالمساكن وإنما القواعد الخاصة بتفتيش الأشخاص و تنطبق فكرة المكان المسكون فحسب على الأبنية المعدة للسكنى الدائمة وإنما تمتد كذلك إلى الأماكن التى تتوافر فيها إقامة مؤقتة لتحقيق حاجيات معينة ومباشرة أعمال معينة وقد مد القانون حماية الأماكن المسكونة إلى الأماكن الملحقة بها والمخصصة لمنافعها ، كغرف الغسيل والمطبخ والجراج والحديقة وعش الطيور^(١)

٢٢٠. الوضع بالنسبة للسيارات :-

أولاً : السيارات العامة :-

أما بالنسبة للسيارات فإذا كانت السيارة عامة كالأتوبيسات والقطارات والنترام فإنها تعامل معاملة المحال العامة من حيث جواز دخولها لرجال الضبط فإذا أدركوا بها جريمة فى حالة تلبس كان لهم ممارسة صلاحيتهم قانوناً^(٢) وكذلك الحال بالنسبة للسيارات الأجرة أو المعدة للإيجار فتعتبر بمثابة محل عام لأنها معدة لأن يركبها أى شخص دون تمييز وعلى ذلك يجوز لرجال الضبط أن يدخلوها مادامت فى حالة عمل وفى الطريق العام ، فإذا أدرك مأمور الضبط جريمة متلبساً بها كان له مباشرة الاختصاصات المخولة له قانوناً^(٣) .

ثانياً : السيارات الخاصة :-

أن حرمة السيارة الخاصة مستمدة من اتصالها بشخص صاحبها أو حائزها^(٤) وتطبق القاعدة تلك ولو كانت السيارة واقفة فى مكان ظاهر ولا يوحى بتخلّى صاحبها عنها وتطبيقاً لهذا ذهب محكمة النقض إلى أن " المتهم قرر عند

(١) د / احمد فتحى سرور ، الوسيط فى قانون العقوبات ، ط ٣ ، مرجع سابق ، ص ٨٣٨ .

(٢) د/ محمد زكى أبو عامر ، مرجع سابق ، ص ٢٨٥ - وفى هذا استقر القضاء الفرنسى على أن السيارة لا تأخذ حكم المسكن .

- Cass Crim 11 Sept. 1933 : DP, 1973, 1. 40 : B. C., no 191.

(٣) نقض ١٧/١٠/١٩٦٦ ، أحكام النقض ، س ١٧ ، رقم ١٧٦ ، ص ٩٥١ .

(٤) نقض ٣٠/٦/١٩٦٩ ، أحكام النقض ، س ٢٠ ، رقم ٩٧٦ ، رقم ٩٣١ .

Cass Crim; 23 Juin 1964; J.C.P. 1955-2. 140 80. Gaz : Pal. 1964 - 2 - 327.

تفتيش العربية التي ضبط بها المخدر أن هذه العربية ليست له وكان ظاهر أقواله أنه لا شأن له بها ولا بما فيها فلا يقبل منه التمسك ببطلان تفتيشها ولو كانت ملكه في الحقيقة^(١) أما إذا كانت السيارة تقف بجراج ملحق بالمسكن فيكون لها حرمة المسكن شأنها شأن أى منقول من المنقولات الموجودة داخل المسكن^(٢).

٢٢١- حرمة محل التجارة مستمدة من حرمة صاحبه :

وهذا ما ذهبت إليه محكمة النقض إلى أن " حرمة محل التجارة مستمدة من اتصاله بشخص صاحبه أو بمسكنه ومن ثم فإنه في الأحوال التي يجوز فيها تفتيش شخص معين أو تفتيش مسكنه يجوز تفتيش محل تجارته. فإذا أننت النيابة العامة لأحد مأموري الضبط القضائي بتفتيش شخص معين أو تفتيش مسكنه انسحب هذا الإنن على محل تجارته ولو لم ينص في الإنن صراحة على تفتيش محل تجارية " ^(٣).

الفرع الثاني

التمييز بين تفتيش المكان والدخول فيه

سلف لنا القول بأن المحكمة الدستورية العليا قد قضت بعدم دستورية المادة ٤٧ من قانون الإجراءات الجنائية مما ترتب عليه عدم جواز أن يقوم مأمور الضبط القضائي بتفتيش مسكن المتهم دون أمر من سلطة التحقيق حتى ولو كانت الجريمة المرتكبة قد ضبطت في حالة تلبس إلا أن ذلك الحكم لا يمس الحالات الأخرى التي ورد النص عليها في المادة ٤٥ من قانون الإجراءات الجنائية والتي يجوز فيها لمأمور الضبط القضائي - بل ولرجال السلطة العامة - دخول المساكن دون حاجة

(١) نقض ٤٧/١٠/١٤ ، مجموعة القواعد القانونية ، ج-٧ ، رقم ٣٩٨ ، ص ٣٧٨ - نقض ٨/١٢/١٩٤٧ ، ج-٧ ، رقم ٤٤٦ ، ص ٤١٥ .

(٢) د / عبد الرؤف مهدى ، مرجع سابق ، ص ٤٦٣ - د/ إبراهيم حامد طنطاوى ، رسالة سابق ، ص ٧٨٧ .

(٣) نقض ٥٦/١١/١٣ أحكام النقض ، س ٧ ، رقم ٢٢١ ، ص ١١٥٩ - نقض ١٩٦٢/١/١٥ ، س ١٣ رقم ١٠ ، ص ٣٨ - نقض ١٩٦٩/٦/١٦ ، س ٢٠ ، رقم ١٨١ ، ص ٩١٠ - نقض ١٩٨١/٥/٢٥ ، س ٣٢ ، رقم ٩٥ ، ص ٥٤٢ .

إلى الحصول على إذن مسبق من جهة قضائية كما لو كان الدخول طلباً لمساعدة من الداخل أو في حالة الحريق أو الغرق أو ما شابه ذلك ^(١) ويلاحظ أن هذا الدخول لا يعد في صحيح القانون تفتيشاً بل هو - على حد قول محكمة النقض - مجرد عمل مادي اقتضته الضرورة ^(٢).

هذا وتقتضى دراسة دخول الأماكن العامة التفرقة بين الأماكن العامة بطبيعتها والأماكن العامة بالتخصيص :

٢٢٢- الأماكن العامة بطبيعتها :

وهي التي يباح لجمهور الناس الدخول فيها أو المرور منها في أى وقت شاء ومثالها الشوارع والحدائق العامة والحقول . ومن ثم فإنه يحق لمأمور الضبط القضائي أن يدخل ويتجول في المكان العام بطبيعته ويتفحص ما يكون فيه من أشياء باعتبارها فرداً عادياً ولا يعد ذلك تفتيشاً وإنما هو ضرب من ضروب التحري ^(٣).

٢٢٣- الأماكن العامة بالتخصيص :

فهى تلك الأماكن التي يباح لجمهور الناس الدخول فيها خلال أوقات معينة وفي أجزاء معينة منها بغير تمييز سواء أكان ذلك بغير شروط أم كان يشترط كإداء رسم ومن أمثلتها المطاعم والحانات والمقاهى والأصل أن لرجال السلطة العامة فى دوائر اختصاصهم دخول هذه المحال العامة أو المفتوحة للجمهور لمراقبة تنفيذ القوانين واللوائح وهو إجراء إدارى أكدته المادة ٤١ من القانون رقم ٣٧١ لسنة ١٩٥٦ فى شأن المحال العامة والمقابلة للمادة ٩ من القانون ١٠ يوليو لسنة ١٧٩١ م - فرنسى - بشأن المحال العامة " حق رجل الضبط دخول الخمارات والملاهى

(١) د / مأمون محمد سلامة ، الإجراءات الجنائية فى التشريع المصرى ، مرجع سابق ، ص ٥٤٠.

- د / حسن ربيع ، مرجع سابق ، ص ٤٤٠ - د / على فضل البوعينين ، مرجع سابق ، ص ١١٣.

(٢) د / عمر السعيد ، مرجع سابق ، ص ٣٣٦ - د / حسنى الجندى ، شرح قانون الإجراءات الجنائية ، مرجع سابق ، ص ٥٩٩ - د / محمد زكى أبو عامر ، مرجع سابق ، ص ٢٧٣.

(٣) د / محمود نجيب حسنى ، مرجع سابق ، ص ٥٩٥.

Garraud (R); Trait théorique et pratique de droit pénal; Francais; Paris, 3 éd 1924; t. 5; P. 560.

الليلية وأماكن العرض وما شابه ذلك للتأكد من مدى الالتزام بتنفيذ اللوائح والقوانين وضبط المخالفات^(١).

ولا يجوز لمأمور الضبط الدخول في المكان العام بالتخصيص في غير الأوقات التي يجوز فيها لجمهور الناس الدخول فيه فإذا أغلق المقهى أبوابه بعد انصراف زواره صار مكانا خاصا ، فلا يجوز لمأمور الضبط القضائي الدخول فيه ويتعين على مأمور الضبط أن يلتزم بالغرض الذي من أجله خوله القانون الدخول في المكان . فإذا خوله الدخول فيه كي يتحقق من أنه لا تقدم فيه خمر أو لا ترتكب فيه أفعال مخلة بالحياء فلا يجوز له أن يفتش أحد زواره^(٢) أو أن يفتح درج مكتب مدير المحل أو يفض لفاقة محكمة الغلق موضوعة على مكتبه^(٣) فإن فعل ذلك كان متعسفا وقد أجملت محكمة النقض القيود الواردة على مأمور الضبط حال دخوله المكان العام في الآتي^(٤).

أ - قيد مكانى :

لا يجوز لمأمور الضبط القضائي الدخول في أجزاء المكان التي لا يصرح لجمهور الناس بالدخول فيها ، فإذا اتخذ صاحب المحل العام لنفسه غرفة نوم ، كانت هذه الغرفة في حكم مسكن^(٥).

ب - قيد زمانى :

لا يجوز لمأمور الضبط القضائي الدخول في المحل العام في غير الأوقات التي يجوز لجمهور الناس الدخول فيها أو التي يباشر فيها تلك المحال نشاطها عادة

(2) Cass. Crim., 18 Févr. 1910 : S., 1911, 1, 233- 31 Janv. 1914 : D., 1918, 1, 76. 14 Juill.

1957 : D. 1958, 563, note, le pavec.

(٣) نقض ١٩٣٧/١٢/٢٠ ، مجموعة القواعد القانونية ، جـ ٤ ، رقم ١٣٤ ، ص ١٢٩ .

(٤) نقض ١٩٥٣/٧/٩ ، أحكام النقض ، س ٤ ، رقم ٣٨٦ ، ص ١١٥١ .

(٥) نقض ١٩٧٧/٥/١٥ ، أحكام النقض ، س ٢٨ ، رقم ١٢٥ ، ص ٥٩١ مشار إليه د / محمود نجيب حسنى ، مرجع سابق ، ص ٥٩٧ .

(٦) د / فوزية عبد الستار ، مرجع سابق ، ص ٢٩٦ - د / محمود مصطفى ، الإثبات ، مرجع سابق ، ص ٢٨ .

. فإباحة دخول المحال العامة مقصور على أوقات مباشرة عملها دون غيرها (١)
فإذا أغلق المحل أبوابه بعد انصراف زواره أصبح مكاناً خاصاً يتمتع بحرمة
المسكن في الأوقات التي يغلق بها في وجه الجمهور ، ويأخذ حكم المسكن فلا يجوز
لأى غريب الدخول فيه (٢) .

جـ - قيد يتعلق بالغرض :

يتعين على مأمور الضبط القضائي أن يلتزم بالغرض الذي من أجله خوله
القانون الدخول في المكان أي بالقدر الذي يمكنه من التحقيق من تنفيذ القوانين
واللوائح دون التعرض للأشياء ، والإماكن التي تخرج عن هذا المكان (٣) فلا يجوز
لمأمور الضبط القضائي التعرض لحرية الأشخاص الموجودين بالمحل لحظة دخوله
فليس له أن يقوم بتفتيش أحدهم مادامت لا توجد حالة تلبس أو إذن من السلطة
القضائية تبرر هذا الإجراء ولا يجوز لمأمور الضبط القضائي تفتيش هذه المحال
استناداً إلى مجرد حقه في الدخول ما لم يدرك جريمة في حالة تلبس (٤) .

الفرع الثالث

قواعد تنفيذ تفتيش المسكن

بين المشرع قواعد تنفيذ التفتيش في المواد من ٥٠ ، ٥٣ ، ٥٥ ، ٦٠ أ. ج
وهي تتعلق بما يلي :

٢٢٤ : من يجوز له إجراء التفتيش :

التفتيش عمل من أعمال التحقيق فلا تملكه بحسب الأصل إلا سلطات
التحقيق فمن حق النيابة أن تتولى بنفسها تفتيش مسكن المتهم وشخصه وأمتعته (٥) .

(١) نقض ٩١/٧/٣١ ، أحكام النقض ، س ٤٢ ، رقم ٢٩ ، ص ٢١٣

(٢) نقض ١٩٨٦/٣/٢٧ ، أحكام النقض ، س ٣٧ ، رقم ٨٩ ، ص ٤٣٦ .

(٣) نقض ١٩٧٧/٥/١٥ ، أحكام النقض ، س ٢٨ ، رقم ١٢٥ ، ص ٥٩١ .

(4) Cass. Crim; 18 Fév 1910 – S – 911-1-233 note . Raux. Cass. Crim; 29
Mars 1917 – S- 1920 – 1-189

(٥) نقض ١٩٥١/١٠/٨ ، أحكام النقض ، س ٣ ، رقم ٧ ، ص ١٣ .

ويتقيد عضو النيابة في تنفيذ التفتيش بذات القيود التي يلتزم بها مأمور الضبط القضائي فله تفتيش المكان ومن قد يوجد به إذا قامت ضده قرائن على أنه يخفى معه شيئاً يفيد في كشف الحقيقة (المادة ٤٩ أ. ج) (١).

كما له إذا ظهر عرضاً أثناء التفتيش وجود أشياء تعد حيازتها جريمة أو تقيد في كشف الحقيقة في جريمة أخرى أن يضبطها (المادة ٥٠ أ. ج) كما له وضع الأختام على الأماكن التي بها آثار أو أشياء تقيد في كشف الحقيقة وتعيين حراس عليها (المادتين ٥٣ أ. ج) .

غير أن النيابة العامة ليست مطالبة بإجراء التفتيش بنفسها فقد لا يتسع لها الوقت. لذلك جرى العمل في الغالب على ندب مأمور الضبط لإجرائه (٢).

ويجب على مأمور الضبط القضائي في حالة ندبه للتفتيش أن يقوم بإجرائه بنفسه ولا يجوز أن يتم ذلك بواسطة مساعدى الضبطية القضائية ، إلا إذا كان التفتيش وضبط الأشياء يجري تحت بصر وإشراف مأمور الضبط القضائي.

(١) وقد وضعت محكمة النقض عدة ضوابط في حالة تفتيش من يوجد مع المتهم بناء على الإذن الصادر بالتفتيش وهذه الضوابط هي :

أ - أنه " إذا كان إذن النيابة في التفتيش منصوصاً فيه على ضبط المتهم وتفتيشه وتفتيش منزله ومحل عمله ومن يوجدون بهما أو معه الخ وقام الضابط الذي كلف بتنفيذ ذلك فامسك المتهم في سيارة أتوبيس وفتشه وفتش من كان يجلس بجواره ، فوجد مع هذا مخدراً ، فلا يصح القول بسبطلان هذا التفتيش على أساس أن الإذن به لم يجر ضبط الغير إلا إذا كان وجوده مع المتهم بمنزله أو بمحل عمله لأن عبارة الإذن عامة تتصرف إلى أى مكان - نقض ١٩٤٨/١١/٣ ، مجموعة القواعد القانونية ، ج-٧ ، رقم ٦٧٤ ، ص ٦٣٨ .

ب - لا يشترط في تنفيذ الأذن الصادر بتفتيش المتهم ومن يوجد معه أن يكون هذا الأخير في حالة تلبس قبل تنفيذ الإذن وحصول التفتيش.

نقض ١٩٥٢/٢/١٥ ، أحكام النقض ، س ٣ ، رقم ١٦١ ، ص ٤٢٦

ج - لا يشترط لصحة الأذن الصادر بتفتيش المتهم ومن يوجد معه أن يكون هذا الأخير مسمى باسمه في الأذن.

- نقض ١٩٦٦/٦/٢٠ ، أحكام النقض ، س ١٧ ، رقم ١٦١ ، ص ٨٥٢ .

- نقض ١٩٧١/٢/٥ ، س ٢٢ ، رقم ١٦٨ ، ص ٦٩١ .

(٢) د / ر عوف عبيد ، مبادئ الإجراءات الجنائية ، ط ١٣ ، مرجع سابق ، ص ٣٦٥ . - د / حامد عبد الحكيم محمود ، رسالة سابقة ، ص ٣٦٧ .

وبعلل ذلك بخطورة التفتيش وهو الحرص على أن يجريه شخص تتوافر فيه ضمانات كافية^(١).

٢٢٥- كيفية التفتيش :

طريقة تنفيذ التفتيش متروكة لتقرير مأمور الضبط القضائي تحت رقابة سلطة التحقيق ومحكمة الموضوع^(٢) وله أن يستعين بأعوانه من رجال الضبط القضائي^(٣) وله أن يتخذ من وسائل التحوط ما يمكنه من تنفيذ التفتيش المأذون له به وأن يتخذ ما يراه كفيلاً لتحقيق هذا الغرض وقد يتحقق ذلك عن طريق الدخول من نافذة المسكن^(٤) بل يكون له حق الدخول عن طريق سطح منزل مجاور^(٥) ولو كان بمقدوره الدخول من الباب وذلك إذا ما خشى هو أن طلب إلى ساكنيه أن يفتحوا له الباب أن يسهل لهم ذلك سبيل التخلص من المخدر المندوب للتفتيش عنه^(٦).

ومتى دخل المأذون له بالتفتيش إلى المنزل فله أن يتخذ من الاحتياطات ما يمكنه من إنجاز مهمته ، فله أن يصدر أوامره إلى القوة المرافقة له بالتحفظ على أفراد أسرة المأذون بتفتيش مسكنه ريثما ينتهي من إجراءاته. وله أن يلجأ إلى الحيلة والخديعة لتنفيذ الإجراء الذي ندب له ، من ذلك أن يكلف أحد مروضيه باستدراج

(١) وتطبيقاً لهذا قضت محكمة النقض * إطلاق الشرطي السرى النار على إطارات السيارة لاستيقافها تنفيذاً لأمر رئيسه الضابط عندما شاهدها تحاول الفرار بعد أن أطلق هذا الأخير النار على إطاراتها أمر لا غبار عليه قانوناً فإذا ما توقفت السيارة وانطلق منها الطاعن حاملاً لفافة محاولاً إلقاءها في الترععة المجاورة ، فإذا تعرض الشرطي المذكور له للحيلولة دون فراره والتخلص من الجريمة وإكراهه على الوقوف حتى لحق به الضابط للكشف عن حقيقته بعد أن وضع نفسه موضع الشبهات والريبة لا يكون باطلاً نقض ١٩٦٣/١٠/٢٨ ، أحكام النقض ، س ١٤ ، رقم ١٢٧ ، ص ٧٠٠.

(٢) نقض ١٩٧٥/٣/٢٤ ، أحكام النقض ، س ٢٦ ، رقم ٦١ ، ص ٢٦٥ - نقض ١٩٩٥/١/٣ ، س ٤٦ ، رقم ٦ ، ص ٧٤ - نقض ١٩٩٧/٧/٦ ، س ٤٧ ، رقم ١١٥ ، ص ٧٥٧ - نقض ١٩٩٨/٤/١٢ ، س ٤٩ ، رقم ٦٨ ، ص ٥١٨

(٣) نقض ١٩٩١/١١/٧ ، أحكام النقض ، س ٤٢ ، رقم ١٦٢ ، ص ١١٧٧ - نقض ١١/١٥/١٩٩٥ ، س ٤٦ ، رقم ١٨٠ ، ص ١١٩٧

(٤) نقض ١٩٣٨/٢/٢١ ، مجموعة القواعد القانونية ، ج ٤ ، رقم ١٦٥ ، ص ١٥١.

(٥) نقض ١٩٦٤/١٠/١٩ ، أحكام النقض ، س ١٥ ، رقم ١١٧ ، ص ٥٩٧.

(٦) نقض ١٩٥٣/٥/١٨ ، أحكام النقض ، س ٤ ، رقم ٣٠٣ ، ص ٨٣٢.

المتهم إلى الخارج بحجة شراء المخدر منه توصلًا إلى ضبط المخدر (١) كما أن له أن يلجأ إلى التخفي وانتحال الصفات حتى يتمكن من الدخول إلى المسكن المراد تفتيشه (٢).

٢٢٦- وقت إجراء التفتيش :

حظرت بعض القوانين إجراء التفتيش ليلاً حماية لحرمة المسكن ورعاية لساكنيه في الوقت المخصص لراحتهم ونومهم (٣) ولم يتضمن التشريع المصري نصاً يحدد الوقت الذي يتم فيه التنفيذ بما مفاده منح السلطة القائمة على تنفيذ الإنذار صلاحية تنفيذه في الوقت الذي تراه ملائماً سواء كان هذا الوقت نهائياً أو ليلاً لا فرق ومن ثم لرجل الضبطية المنتدب لتنفيذ إنذار النيابة بالتفتيش تخير الوقت الذي يراه مناسباً ، مادام أن ذلك يتم في خلال الفترة المحددة بالإنذار (٤) ولم تتضمن بعض التشريعات العربية نصاً يحظر مباشرة التفتيش ليلاً مثل قوانين الإجراءات الجنائية في كل من الأردن ، الإمارات ، البحرين .

٢٢٧- موقف المشرع الفرنسي وبعض التشريعات العربية :-

ذهب الفقه الفرنسي إلى القول بأن لكل منزل حصانة وحرمة يحتج بها لكل مواطن وتزداد هذه الحصانة على المسكن ليلاً ، بحيث أن قاضي التحقيق لا يستطيع شخصياً أن ينتهك حرمة المنزل ، بل ويعد مذنباً إذا اقتحم منزلاً ليلاً (٥) .

(١) نقض ١٩٧٩/١٢/٢٠ ، أحكام النقض ، س ٣٠ ، رقم ٢٠٦ ، ص ٩٦٢ - نقض ١٠/١٠/١٩٨١ ، س ٣٢ ، رقم ١٠٩ ، ص ٥١٧

(٢) د/ حسنى الجندى ، شرح قانون الإجراءات الجنائية ، مرجع سابق ، ص ٦٠٤ - د/ إبراهيم حامد طنطاوى ، التحقيق الجنائي من الناحيتين ، مرجع سابق ، ص ١٦٨ .

(٣) د / محمود محمود مصطفى ، الإثبات في المواد الجنائية ، ص ٦٥ .

(٤) وتطبيقاً لهذا قضت محكمة النقض " حق مأمور الضبط المنتدب لتنفيذ إنذار النيابة بالتفتيش تخير الوقت المناسب لإجرائه بطريقة مستقرة وفي الوقت الذي يراه مناسباً "

نقض ١٩٨٨/١/١٤ ، أحكام النقض ، س ٣٩ ، رقم ١٧ ، ص ١٥٠ - نقض ٩١/١١/٧ ، س ٤٢ ، رقم ١٦٢ ، ص ١١٧٧ - نقض ٩٣/٩/١٩ ، س ٤٤ ، رقم ١١٤ ، ص ٧٣٥ - نقض ٢/١٥/٩٤ ، س ٤٥ ، رقم ٤٠ ، ص ٢٦٧ - نقض ٩٧/٧/٦ ، س ٤٨ ، رقم ١١٥ ، ص ١١١ .

(٥) Ste fani, Le vasseur, et Bouloc , Op. Cit. No 414. P 375.

- Champon (P), Op. Cit. No 163, P. 113.

ويمنع إجراء التفتيش على المنزل أو دخوله ليلاً اعتباراً من الساعة التاسعة مساءً وحتى الساعة السادسة صباحاً^(١) غير أن التحديد السابق يعنى عدم جواز البدء فى مباشرة التفتيش فى فترة الليل ولكن إذا بدأ التفتيش نهائياً واستمر إلى فترة المساء فإنه يكون مشروعاً^(٢).

استثناءات :

١. ما نصت عليه المادة ٧٦ من دستور ٢٢ فريمير حيث أجازت دخول محل مسكون ليلاً متى توافرت حالة ضرورة تتمثل فى استغاثة صادرة من داخل المنزل أو فى حالة فيضانات أو حريق أو الدخول لمنع شخص من ارتكاب جريمة ضد سلامته البدنية^(٣).

٢. حالات الإرهاب حيث نصت المادة ١٠ من القانون رقم (٦٤٧ - ٩٦) الصادر بتاريخ ٢٢ يوليو لسنة ١٩٩٦ ، وطبقاً لقرار المحكمة الدستورية الصادر فى ١٦ يوليو لسنة ١٩٩٦ - إنه يمكن عمل إجراء التفتيش أثناء الليل بناء على إذن من رئيس المحكمة^(٤).

٣. ما نصت عليه الفقرة الأخيرة من المادة ٦٢٧ من قانون الصحة العامة المعدل بقانون ٣١ ديسمبر لسنة ١٩٧٠ م والتي تخص أماكن تصنيع أو تخزين المواد المخدرة حيث يجوز التفتيش ليلاً شريطة ألا يكون المكان مسكوناً وألا تعين

(١) وتطبيقاً لهذا قضت محكمة مدينة - Saint- Dié بعدم جواز دخول رجل الشرطة التنفيذية والذي ينتمى إلى إدارة الشرطة مسكناً بعد الساعة العاشرة مساءً ولو كان ذلك بناء على امر من الشرطة العامة.

Trib corr. Saint - Dié, 27 Févr. 1986.

JCP, 1986. II, 206 90, et notre note.

(2) Merle et vitu, Op. Cit. No 894, P 855

(3) Montreuil; Et. Citée., No. 192. P. 33.

(4) V. Le Gunehc, Actualités. Jcp, 1996, no 46.

ومن الحالات المستثناءة فى إجراءات التفتيش والتي يمكن إجراءه فى أى وقت ليلاً ونهاراً حالات أمن الدولة.

L. 15 Janv. 1963. Art. 17 .

وأيضاً الحالات المتعلقة بجرائم التزييف والتزوير.

L. 11 Mars. 1957, art. 66.

الحصول على إذن بذلك من السلطة القضائية المختصة وكذلك ما نصت عليه المادة ٧٧ من هذا القانون لمفتش الصحة دخول المستشفيات للتفتيش على شئونها^(١) .

ومن الجلى أن تحديد وقت التفتيش بشكل مظهراً من مظاهر إنسانية الإجراء الجنائى والتقليل من درء فعل الإجراء على الخاضع له بل والمحيطين به وذلك باستبعاد أو حظر التفتيش ليلاً وقصره كقاعدة تقبل " الاستثناء " وهو فى تقديرنا يشكل درجة كبيرة من رقى الفكر التشريعى والذي يقلل إلى أقصى درجة من الإستهلاك المشروع لحرية وطمأنينة وسكينة الخاضع للإجراء وفى الوقت نفسه فإن مثل هذا التحديد أو هذا القيد يعد عنصراً من عناصر تحقيق الموازنة بين حق المجتمع وحقوق الأفراد^(٢) .

وكثير من التشريعات الجنائية الإجرائية للدول العربية تقصر تنفيذ التفتيش على أوقات النهار أى فى أى جزء من النهار ومن بين هذه التشريعات المادة (٩٥) أ. ج تونسى ، والمادة ٤٧ أ. ج جزائرى ، والمادة ٦٤ مغربى ، والمادة ٥٩ قطر ، والمادة ٨٥ الكويت والاستثناء ليلاً وذلك فى حالات الظروف التى تتطلب الاستعجال أو لطبيعة الجريمة ذاتها ومرتكبها .

٢٢٨- الحضور الضرورى لبعض الأشخاص :

يقصد به تواجد شخص أو أكثر عند القيام بإجراءات التفتيش وذلك منذ لحظة البدء فيه وحتى لحظة تمامه خلاف القائم أو القائمين على التنفيذ وتكمن الحكمة فى ضمان سلامة الإجراء من التعسف أو الغش بحيث تضيق فرص الطعن بالبطلان فى صحة الإجراء^(٣) .

(1) Champon , Op, cit, No 163. P. 113

- Merle et vitu, Op. Cit, No 894. P. 855.

(٢) د/ سامى الحسينى ، مرجع سابق ، ص ٢٩٢ - د/ حسام الدين محمد ، مرجع سابق ، ص ٢٩١ .

(٣) Carraud (R), Traité théorique et d'ins truction criminelle et de procédure pénale , . I, In0 3 0 6 P. 582

وأول من يتعين حضوره عند إجراء التفتيش هو المتهم وذلك إذا كان متواجداً وقت البدء في التنفيذ ذلك أنه لا يجوز الحيلولة دون حضوره حيث أن ذلك يمثل ضماناً من الضمانات التي تدعم نزاهة التفتيش والاحتياط لتفادي التعسف إذ أن مأمور الضبط القضائي يتردد في التعسف إذا كان يجرى التفتيش في حضور المتهم^(١).

أما إذا كان المتهم المعنى بتفتيش مسكنه غير متواجد وقت إجراء التنفيذ فبالنظر إلى مختلف التشريعات^(٢) نجد إنها - لا تسير على صياغة موحدة بمعنى إنها لا تشترط لصحة إجراء التفتيش حضور المتهم وفي الوقت نفسه لا تمنع حضوره متى وجد وذلك على التفصيل الآتي :

أ- في ظل قانون الإجراءات المصري :-

الأصل في هذا القانون حضور المتهم إذا وجد لإجراءات تفتيش مسكنه سواء كان هذا التفتيش بمعرفة السلطة المختصة أصلاً بالقيام أو الإذن به أو السلطة المنتدبة من قبلها ومن ثم فلا يجوز منعه من هذا الحضور إلا لضرورة ينبغي تبريرها من قبل القائم بإجراء تفتيش المسكن . الأمر الذي يعنى من الوجهة العملية والقانونية جواز تفتيش مسكن المتهم دون حضوره أو في غيبته بل إن عدم حضور من يندبه لحضور إجراءات تفتيش مسكنه لا يعيب هذا الإجراء فهو بالتالى لا يعد - شرطاً جوهرياً لصحة تفتيش المسكن^(٣).

(١) د/ محمد نجيب حسنى ، مرجع سابق ص ٦٠٩

(٢) يلاحظ أن بعض التشريعات قد ساوت بين تفتيش الأماكن وتفتيش الأشخاص استناداً إلى أن حصانة المسكن مستمدة من حصانة الشخص فليس من المنطق في شئ أن يقال بحماية أحد عناصر الحرية الشخصية دون الحرية في مجموعها لذلك درج كثير من القوانين على التسوية في الحماية بين الشخص ومسكنه وليست هذه التسوية جديدة في القانون المقارن . فقد قررها القانون الألماني في المادة ١٠٢ والقانون الإيطالى في المادة ٣٣٢ ... د/محمود محمود مصطفى ، مرجع سابق ، ص ٣٨

(٣) نقض ١٩٨٠/٦/٨م أحكام النقض ، س ٣١ ، رقم ١٤٠ ، ص ٧٢٣ .

وبالنظر إلى أن مأمور الضبط القضائي لم تعد له صلاحية تفتيش المساكن إلا بموجب إذن قضائي^(١) وأصبح لازماً عليه التقيد بنص المادة ٩٢ فقرة أولى إجراءات المتعلقة بسلطة قاضي التحقيق في مباشرة التفتيش ، ونص المادة ١٩٩ أ.ج.ن. التي أحالت إلى سلطات قاضي التحقيق عند بيانها اختصاصات النيابة في التحقيق^(٢) .

فالمادة ٩٢ تجيز إجراء التفتيش بحضور المتهم أو من ينوب عنه وقد يقال إن حق الحضور المخول لهؤلاء يتطلب ضرورة إعلانهم قبل إحداثه بيد أن ذلك يفقد التفتيش ميزته وهو القائم على المباغتة والمفاجأة وإعلان المتهم يعطيه الفرصة في تهريب الأشياء المراد ضبطها ومن أجل هذا كان كافياً لشرعية الإجراء أن يتم إخطار المتهم بالحضور عند بدء التفتيش^(٣) ولا يكون لازماً عليه^(٤) .

ب- في ظل قانون إجراءات الفرنسيين:-

سواء تم تفتيش المسكن في مرحلة التحقيق الأولى والذي يجري بمعرفة مأمور الضبط القضائي أو في مرحلة التحقيق الابتدائي بمعرفة قاضي التحقيق فقد استقرت قواعد الحضور إعمالاً لنص المادة ٩٥ أ.ج.فرنسي على أن تجري عملية التفتيش بحضور الشخص صاحب المنزل الذي يجري فيه التفتيش^(٥) وفي حالة عدم إمكانية حضور صاحب السكن أثناء التفتيش يلزم أن ينبب عنه وباختيار منه ، من يحضر التفتيش ، وإن لم يوجد يلزم وجود شاهدين بناء على طلب قاضي التحقيق بشرط ألا يكون من بين الموجودين تحت سلطته .

وفي حالة الجرائم المالية والاقتصادية يمكن أن يقع التفتيش بحضور شاهد واحد فقط^(٦) .

(١) وذلك بعد القضاء بعدم دستورية المادة ٤٧ من قانون الإجراءات .

(٢) د/ فوزية عبد الستار ، مرجع سابق ، ص ٣٠١ - د/ محمد نكي ابو عامر ، مرجع سابق ، ص ٢٩٠

(٣) د/ جلال ثروت ، مرجع سابق ، ص ٤٧٥

(٤) د/ مأمون محمد سلامة ، قانون الإجراءات معلقاً عليه ، المرجع السابق ، ص ٣٥٤

(5) cass . crim 27 sept 1984 : B.C., n0 275 ; J C P . 1484 . TV , 327 - 24 Juin 1987 : B. C., n0 267- 28 fév . 1989 : B . C., n0 96

(6) cass . crim . 31 Janv . 1973 : B. C., n0 56

وخول تفتيش أماكن ومقر الشركات ومراكز إدارتها

cass . crim ., 30 mai 1996 : B. C., n0 226

أما في حالة غياب صاحب المسكن أو إصابته بحادث لا يمكن حضوره فإن التفتيش يجري في غيابه مع حضور شاهدين^(١).

وهكذا فإن حضور شاهدين لإجراء تنفيذ التفتيش هو أمر وجوبي سواء كان القائم على التنفيذ قاضي التحقيق أو مأمور الضبط القضائي لا فرق وهو بمثابة إجراء جوهري يترتب على مخالفة البطلان^(٢).

ج- في بعض التشريعات العربية :-

نصت المادة ٣٦ أصول اردني^(٣) على قاعدة حضور التفتيش في الأحوال التي يجوز فيها لمأمور الضبط القضائي ممن حددتهم المادة ٤٤ أصول اردني (ضباط الشرطة ورؤساء مخافر الشرطة والدرك) الدخول والتفتيش دون إذن به وهي أحوال التلبس وتطلبت حضور المشتكى عليه هو موقوفا كان أو غير موقوف ، أو وكيله أو مختار محله إذا رفض الحضور أو تعذر ذلك ، أو اثنين من أفراد عائلته وبديلا لذلك فبحضور شاهدين يستدعيهما القائم بالتفتيش^(٤) .

المشرع الليبي اشترط حضور شاهدين مع المتهم إذا كان التفتيش يتم استنادا لحالة التلبس (المادة ٤٠ أ.ج ليبي) ، ولا يشترط حضورهم إذا كان التفتيش يتم بناء على انتداب من سلطة التحقيق^(٥).

(1) cass . crim ., 23 f évr . 1998 B .C ., n0 91

Art 59 - 3, mad par loi - 93 - 10 -

(٢)

13 - 2 , oût . 1993

(٣) المادة ٣٦ أصول اردني

١- تجري معاملات التفتيش المبينة في المواد السابقة بحضور المشتكى عليه موقوفا كان أو غير موقوف

٢- فإن رفض الحضور أو تعذر ، حضوره جرت المعاملة أمام وكيله أو مختار محله أو أمام اثنين من أفراد عائلته وإلا فبحضور شاهدين يستدعيهما المدعى عليه .

٣- تحرص الأشياء المضبوطة على المشتكى عليه أو على من ينوب عنه للمصادقة والتوقيع عليها وإن امتنع صرح بذلك في المحضر .

(٤) د/ محمد عودة ذياب ، مرجع سابق ، ص ٣٨٧ - / جمال مدغمش ، مرجع سابق ، ص ٤٢ .

(٥) ويلاحظ أن التشريع الليبي جعل من حضور الشاهدين مع المتهم أمر لازم لصحة التفتيش فلا يغني حضور المتهم عن حضورهما وذلك على خلاف ما هو سائد في فرنسا وما كان سائدا في مصر د/ ابراهيم حامد طنطاوي، رسالة سابق ، ص ٨٥٩

أما المشرع في دولة الإمارات العربية فتطلب حضور المتهم حال إجراء التفتيش أو من ينوبه كلما أمكن ذلك وإلا تم بحضور شاهدين ويكون هذان الشاهدان بقدر الإمكان من أقاربه الراشدين أو من القاطنين معه بالمنزل أو جيرانه ويثبت ذلك في المحضر (المادة ٥٩ إمارات) ^(١).

بينما المشرع السعودي نص في المادة السادسة والأربعين من قانون الإجراءات الجزائية على أن يتم تفتيش المسكن بحضور صاحبه أو من ينوبه أو أحد أفراد أسرته البالغين المقيمين معه وإذا تعذر حضور أحد هؤلاء وجب أن يكون التفتيش بحضور عمدة الحي أو من في حكمه أو شاهدين^(٢).

ويتبين من نص هذه المادة أنه على رجل الضبط الجنائي أثناء تفتيش المساكن أن يكون التفتيش في حضور صاحب المسكن أو من ينوب عنه أو أحد أفراد أسرته البالغين والمقيمين معه ولكن إجازت المادة سالفة الذكر أنه في حالة تعذر وجود صاحب المسكن أو من ينوب عنه أو أحد أفراد أسرته أن يكون التفتيش في حضور عمدة الحي أو من في حكمه أو شاهدين ^(٣).

٢٢٩- موقف الشريعة الإسلامية :-

حرصت الشريعة الإسلامية على حق الإنسان في الخصوصية وحماية حرمة وبشكل خاص مسكنه ووضعت الإطار العام لما فصلته بعد ذلك التشريعات الوضعية ، ومن ثم فقد كان لها السبق ، وفي الوقت نفسه لم تغفل حق الدولة في ملاحقة مرتكبي الجرائم دون أن تقف تلك الحماية عائقا يحول دون فاعلية هذه الملاحقة وهو ما نستعرضه في كل من القرآن والسنة النبوية وما روى عن الخلفاء الأوائل رضي الله عنهم .

١- القرآن الكريم

قال تعالى في كتابه الكريم

(يا أيها الذين آمنوا لا تدخلوا بيوتا غير بيوتكم حتى تستأثروا وتسلموا على أهلها ذلكم خير لكم لعلكم تذكرون ^(١) فإن لم تجدوا فيها أحدا فلا تدخلوها حتى يؤذن لكم وإن قيل لكم ارجعوا فارجعوا هو أزكى لكم والله بما تعملون عليم ^(٢) .

صدق الله العظيم

(١) د/ مدحت رمضان ، مرجع سابق ، ص ١٦٥

(٢) د/ عصام عفيفي عبد البصير ، مرجع سابق ، ص ١٢٠

(٣) سورة النور الآية (٢٧)

(٤) سورة النور الآية (٢٨)

ويستخلص من هذه آداب شرعية أدب الله بها عباده المؤمنين وذلك في الاستئذان أمرهم أن لا يدخلوا بيوتاً غير بيوتهم حتى يستأذنوا أى يستأذنوا قبل الدخول ويسلموا بعده ، وقال الإمام أحمد حدثنا عبد الرازق أخبرنا عمر عن ثابت عن أنس أو غيره أن النبي - صلى الله عليه وسلم - استأذن على سعد بن عبادة فقال " السلام عليك ورحمة الله " فقال سعد وعليكم السلام ورحمة الله ولم يسمع النبي صلى الله عليه وسلم حتى سلم ثلاثاً ورد عليه سعد ثلاثاً ولم يسمعه فرجع النبي صلى الله عليه وسلم فاتبعه سعد فقال : يا رسول الله بأبى أنت وأمى ما سلمت تسليمه إلا وهو بأننى ولقد رددت عليك ولم أسمعك و أردت أن استكثر من سلامك ومن البركة ثم أدخله البيت فقرب إليه زبيبا فأكل نبي الله فلما فرغ قال " أكل طعامكم الأبرار ، وصلت عليكم الملائكة وافطر عندكم الصائمون . " وقال سعد بن جببر فى الآية أى لا تقفوا على أبواب الناس وقوله تعالى (ليس عليكم جناح أن تدخلوا بيوتا غير مسكونة) الآية الكريمة أخص من التي قبلها وذلك إنها تقتضى جواز الدخول إلى البيوت التي ليس فيها أحد إذا كان له متاع فيها بغير إذن ^(١).

٢- الحديث الشريف :-

أ - عن معاوية رضى الله عنه قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : إنك إن اتبعت عورات المسلمين أفسدتهم أو كدت أن تفسدهم " حديث صحيح " ^(٢).

ب- وعن ابى هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم قال : لو أن رجلا اطلع عليك بغير إذن فخذفته بحصاه ففقات عينيه ما كان عليك جناح " - متفق عليه ^(٣).

(١) ابن كثير القرشى ، تفسير القرآن العظيم ، ج-٣ ، مرجع سابق ، ص ٢٦٩

(٢) محى الدين أبى ذكريا ، رياض الصالحين ، مرجع سابق ، ص ٤٥١

(٣) وقد استدلل بأحاديث الباب من قال : إن من قصد النظر إلى مكان لا يجوز له الدخول إليه

بغير إذن جاز للمنظور إلى مكانه ان يفتأ عينه ولا قصاص عليه ولا دية للتصريح بذلك فى

الحديث وخالف المالكية هذه الأحاديث فقالت : إذا فعل صاحب المكان بمن اطلع

عليه ما أنن به النبي صلى الله عليه وسلم يجب عليه القصاص او الدية وساعدهم على ذلك

جماعة من العلماء وغاية ما عولوا عليه قولهم إن المعاصى لا تدفع بمثلها الشوكانى ،

نيل الاوطار شرح منتقى الأخبار ، مرجع سابق ص ١٩٦ - سيد سابق ، فقه السنة ، ج-٣

ص ٣٢٢

ج- ما رواه البخاري ومسلم من حديث أبي سعد الخدرى : كنت في مجلس من مجالس الأنصار ، إذ جاء أبو موسى كأنه مذعور ، فقال " استأذنت على عمر ثلاثاً فلم يؤذن لي فرجعت وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم " إذا استأذن أحدكم ثلاثاً فلم يؤذن له فليرجع " (١)

وقصارى القول أن المشرع الإسلامى أسبغ الحماية على المسكن الذي يشغله ساكنوه سواء وجدوا أم لا حيث ساوى الكتاب الكريم بين المسكن المشغول بساكنيه والمسكن الشاغر في وجوب الاستئذان قبل الدخول وذلك من قبل مالك المسكن أو حائزه من له صفة في إعطاء الإذن ، توفيرا لسند خصوصيات ابن آدم التي حجب على الخلق أن يطلعوا على ما فيها من خارج أو يلجوها من غير إذن أربابها أو ذويهم بما يرجع إلى الستر عليهم لئلا يطلع أحد منهم على عورة (٢) ومع ذلك قواعد الشريعة الإسلامية لا تصدر على تتبع مرتكبي الجرائم وملاحقتهم ومن ثم جواز انتهاك حرمة المسكن خلافا لما تقدم من حظر كما في حالة التلبس من غير تجسس (٣) لذلك قد جعل الله تعالى البيوت سكنا يلجأ إليها الناس فتسكن أرواحهم وتطمئن نفوسهم ويأمنون على عوراتهم وحرمااتهم ويلقون أعباء الحذر والحرص وهي لا تكون كذلك إلا إذا كانت حرماً آمناً لا يستبيحه أحد إلا بعلم أهله وإنهم وفي الوقت الذي يريدونه (٤).

الأصل من أغلق بابه وتستر بحيطانه فلا يجوز للغير الدخول عليه بغير إذن ولكن قد يحدث أحيانا رغم الاستتار بالمنكر أن يعلم ولى الأمر بوقوع المنكر بالدار

(١) ابن كثير ، تفسير القرآن العظيم ، ج ٣ ، مرجع سابق ، ص ٢٧٠

(٢) الغزالي ، احياء علوم الدين ، ج ٥ ، مرجع سابق ، ص ٣٦ - ومشار إليه د/ حسام

الدين محمد محمد ، مرجع سابق ، ص ١٨

(٣) عن ابن مسعود رضى الله عنه أنه أتى برجل فقيل له : هذا فلان تقطر لحيته خمرا ، فقال : إنما قد نهينا عن التجسس ، ولكن ان يظهر لنا شئ نأخذ به " - يتبين من هذا أن التجسس المنهى عنه شرعاً يتحقق باقتراب الغير من لحية الرجل المذكور اقتراباً يمكنه من أن يرى بعينه قطرات الخمر ويشم بأنفه رائحتها فكان الغير بهذا قد سعى إلى طلب الامارة المعرفة بالمنكر ، فكان دليله على الكشف عن المنكر دليلاً غير مشروع رياض الصالحين ، مرجع سابق ، ص ٤٥١ - د/ عبد الفتاح مصطفى الصيفى ، التلبس بالجريمة ، مرجع سابق ، ص ٨

(٤) د/ حامد عبد الحكيم محمود ، مرجع سابق ، ص ٤٠

سواء بالإخبار بمن يثق بصدقه أو بإدراك المنكر بأى حاسة من الحواس ففي هذه الصور أن نفرق بين صورتين :-

الأولى :- إذا كان المنكر الذي استتر قوم بارتكابه ينطوى على انتهاك حرمة يفوت استدراكها ، جاز للمحتسب أن يتجسس ويقدم على ضبط الجرم - حذراً من فوات ما لا يستدرك من انتهاك المحارم وارتكاب المحظورات .
الثانية :- إذا تعلق الأمر بانتهاك حرمة لا يفوت استدراكها ففي هذه الحالة لا يجوز التجسس^(١).

المبحث الثالث الاستجواب

٢٣٠- تمهيد وتقسيم :-

يعد الاستجواب من أهم إجراءات الدعوى الجنائية فهو الذي يربط بين جميع وقائعها ويبحث في مدى جديتها لتحقيق هدفها الأول في الوصول إلى الحقيقة ، وتوقيع العقاب على المذنب

والاستجواب هو وسيلة للتحقيق والمعرفة ، كما أنه وسيلة للدفاع في آن واحد . وسيلة للتحقيق لأنه يتوصل إلى كشف الحقائق من خلال استجواب المتهم وما يدلى به من أقوال ، ووسيلة للدفاع لأنه يتيح للجاني دعم مبررات ارتكابه الجرم^(٢). ويحتل الاستجواب مكاناً مرموقاً في التحقيق الابتدائي لاعتباره من إجراءات الاتهام ذات الأثر الفعال حيث أنه يؤدي إلى الدليل الأكثر تأكيداً وثقة في الدعوى الجنائية هو الإقرار الذي ينظر إليه على أنه الإثبات الوحيد الباعث لراحة ضمير القاضي إذ يجعله يحكم وهو مطمئن لإحتيازة إلى جانب العدالة بعد أن زال عنه كل أثر للشك^(٣).

(١) د/ عبد الفتاح مصطفى الصبغى ، التلبس بالجريمة ، مرجع سابق ، ص ٢٥ د/ احمد ابو القاسم احمد ، مرجع سابق ، ص ٢٣٦

(2) Sur ce double caractère , CF.F. Helie , Tr. Instr. Crim., IV, n0 1919, VI, n0 2905, et VII , n0 3542 .

(٣) د/ محمد سامى النبراوى ، استجواب المتهم ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق " جامعة القاهرة ١٩٦٨ " بدون جهة نشر ، ص ١٥

د/ حسن صادق المرصفاوى ، الجوانب العملية في التحقيق الجنائي ، المجلة الجنائية القومية ، س ١١ ١٩٦٨ ، ع ٣ ، ص ٤٨٢ .

وقد أهتم الاتجاه العالمي من وقت بعيد بإجراء الاستجواب فأحاطه بعناية خاصة تهدف إلى توفير أقصى حد ممكن من الضمانات له ، نظراً للنتائج الخطيرة المترتبة عليه ، وكرد فعل لما كان عالقاً في الأذهان بشأنه من أنه يكون وسيلة إكراه تتخذ ضد المتهم بقصد استخلاص الحقيقة التي يحرص على كتمانها أو إحراجه واستدراجه إلى ذكر أقوال ليست في صالحه إذا تعذر الحصول منه على اعتراف بالجريمة المسندة إليه^(١).

لذا ستكون دراستنا لهذا المبحث في المطالب الآتية:

- المطلب الأول :- تعريف الاستجواب وطبيعة
- المطلب الثاني :- ضمانات سلامة الاستجواب
- المطلب الثالث :- الاعتراف كأثر للاستجواب
- المطلب الرابع :- شروط صحة الاعتراف
- المطلب الخامس :- أثر الإكراه على الدليل المتحصل

(١) نادت المبادئ العالمية بضمانات المتهم في مرحلة التحقيق وذلك في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان والاتفاقية الأوروبية كما وافقت الجمعية العامة للأمم المتحدة على إعلان حقوق الإنسان في (ديسمبر ١٩٤٨ وتضمن هذه ضمانات للمتهم منها

- لا يعرض أي إنسان للتعذيب ولا للعقوبات أو المعاملات القاسية أو الوحشية أو الحاطة بالكرامة (م ٥)

- لا يجوز القبض على إنسان أو حبسه أو نفيه دون وجه حق (م ٩)
- كل شخص متهم بجريمة يعتبر بريئاً إلى أن تثبت إدانته (م ١١)

د/ محمود نجيب حسنى ، القبض على الأشخاص ، جامعة القاهرة ، ١٩٩٤ ، ص ٤

د/ عبد الحميد الشواربي ، ضمانات المتهم في مرحلة التحقيق الجنائي ، منشأ المعارف بالإسكندرية ، ١٩٩٣ ، ص ١٠

وهو ما حرصت على التأكيد عليه الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان سنة ١٩٥٠ (م ٣) والمادة الخامسة من الميثاق الأفريقي لحقوق الإنسان والشعوب سنة ١٩٨١ ، وذلك ترسيخاً لمؤدى المادة السابعة من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية لسنة ١٩٦٦م التى نصت صراحة " لا يجوز إخضاع أحد للتعذيب ولا للمعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة "

هذا وقد انتهت اللجنة الدولية الجنائية التى اجتمعت في برن سنة ١٩٣٩م إلى أن الاعتراف بحزبانه مصدراً للحقيقة . لا يكون جديراً بالثقة وبالتالي لا يكون دليلاً فى الإثبات إلا إذا صدر عن إرادة حرة وبعد ترو ، وأنه لا يجوز اللجوء إلى وسائل العنف أو التهديد للتأثير على المتهم لحمله على الاعتراف د/ قدرى عبد الفتاح الشهاوى ، جرائم السلطة الشرطية ، دار النهضة المصرية ، ١٩٧٧ ، ص ٢٤ .

المطلب الأول

تعريف الاستجواب وطبيعته

٢٣١- تمهيد وتقسيم :-

إن مجرد اتهام شخص بارتكاب جريمة ما لا يعنى المبادرة إلى إلقاء المسؤولية الجنائية وتوقيع العقوبة المقررة عليه . وإنما يقتضى تحقيق العدالة الجنائية البحث عن الحقيقة بشأن الجريمة ومرتكبيها .

والوصول إلى الحقيقة ليس بالأمر السهل دائماً بل يتطلب ذلك السعى وراء الأدلة والدلائل المختلفة في سبيل تحقيق هذا الهدف . ومن بين أساليب الحصول على أدلة الجريمة الاستجواب والمواجهة ويقال أن المتهم يحمل بين طياته حقيقة دفيئة تجعل من الضروري الكشف عنها والوصول إليها لضمان صدور حكم قانوني صحيح وعادل.

ويعتبر الاستجواب من أهم الوسائل التي يمنحها القانون لسلطة التحقيق في مناقشة المتهم والشهود.

وقد عنى القانون المصري ببيان القواعد المنظمة للاستجواب وخاصة في مرحلة التحقيق الابتدائي في المواد من ١٢٣ وحتى ١٢٥ منه

وعليه يمكننا تقسيم هذا المطلب إلى ثلاث أفرع هي :-

الفرع الأول :- تعريف الاستجواب

الفرع الثاني :- طبيعة الاستجواب

الفرع الأول

تعريف الاستجواب

٢٣٢- معناه لغة واصطلاحاً :-

الاستجواب لغة هو طلب الجواب عن أمر ^(١) واصطلاحاً مناقشة المتهم تفصيلاً في التهمة المنسوبة إليه ومواجهته بالأدلة القائمة ضده ومناقشته في إجاباته

(١) ابن منظور ، مرجع سابق ، ص ١ ، ص ٧١٦ .

لاستظهار الحقيقة إما بإنكار التهمة ودحض هذه الأدلة أو الإقرار بالجريمة المنسوبة إليه (١).

ويعرفه رأوا آخر:

بأنه إجراء صادر من سلطة حددها القانون ، بمقتضاها يتثبت المحقق من شخصية المتهم ، ويواجهه بالتهمة المسندة إليه ويناقشه تفصيلا فيها ، كما يواجهه بالأدلة القائمة ضده مع كفالة حقوقه في الدفاع عن نفسه (٢).

ويعرفه رأوا ثالث:

بأنه توجيه الاتهام للمتهم عن طريق مجابته ومناقشته تفصيلا في التهمة المسندة إليه وبالأدلة المختلفة ضده ليؤكد لها أو ينفيها (٣).

وفي فرنسا يعرفه الفقه بأنه عمل إجرائي أساسي من إجراءات التحقيقات الجنائية يمكن التوصل من خلاله إلى كشف الحقيقة بشكل ما (٤).

٢٣٣- لدى القضاء المصري :-

عرفته محكمته النقض بأنه " مجابهة المتهم بالأدلة المختلفة ومناقشته تفصيلا كي ما يفندها إن كان منكراً للتهمة أو يعترف بها إن شاء الإقرار (٥).

(١) د/ محمود نجيب حسنى ، مربع سابقا ، ص ٦٩٤ - د/ فوزية عبد الستار ، مرجع سابق ، ص ٣٣٦ - د/ أسامة عبد الله قايد ، مرجع سابق ص ٤٢٥

(٢) د/ حسنى الجندي ، شرح قانون الإجراءات الجنائية ، مرجع سابق ، ص ٦٩٩

(٣) د/ محمد سامي النبراوى ، رسالة سابقة ، ص ١٥ - د/ محمد صبحى نجم ، مرجع سابق ، ص ٢٣٩ - د/ إبراهيم حامد طنطاوى ، الحبس الاحتياطي " دراسة مقارنة " ، دار النهضة العربية ، ١٩٩٩ ص ٦٨

(4) stefani , levasseur et Bouloc , op – cit; no 669 , p . 590

(٥) نقض ١٩٣١/١/٢٥ مجموعة القواعد القانونية ، ج-٢ ، رقم ١٦٨ ، ص ٢٢٢ - نقض ١١/١٩٧٢ أحكام النقض ، س ٢٣ ، رقم ٣٠٨ ، ص ١٣٦٧ - نقض ١٩٨٢/١٢/٢٢ ، س ٣٣ ، رقم ٢١٣ ، ص ١٠٣٨ - نقض ١٩٨٣/١/١٨ ، س ٣٤ ، رقم ١٨ ، ص ١٠٧ - نقض ١٢/١/٩٨ ، س ٤٩ ، رقم ١٩٤ ، ص ١٣٥٣

cass . crim . , 7 mai 1952 :Bull .crim . n0 114-19 juin 1958 - : Bull . crim., n0

أن التعريفات السابقة لا تخرج في النهاية عن إن الاستجواب هو إجراء من إجراءات التحقيق بمقتضاه يتثبت المحقق من شخصية المتهم ويناقشه في التهمة المسندة إليه على وجه مفصل في الأدلة القائمة في الدعوى اثباتاً ونفيًا .

الفرع الثاني طبيعة الاستجواب

٢٣٤- إجراء من إجراءات التحقيق :-

أورد المشرع المصري " الاستجواب والمواجهة " في الفصل السابع من الباب الثالث المعنون " في التحقيق بمعرفة قاضي التحقيق " مما يتبين معه أن هذا الإجراء من إجراءات التحقيق الابتدائي ، يهدف إلى الوقوف على حقيقة التهمة المنسوبة إلى المتهم ليقول كلمته فيها : إما تسليماً بها والوصول إلى اعتراف منه يؤيدها ، وإما إلى دفاع منه يفندها إن كان منكراً لها ^(١).

وعلى هذا الأساس يكون الاستجواب والمواجهة من إجراءات التحقيق وهو ذو طبيعة مزدوجة، الأولى . كونه من إجراءات التحقيق ، يأخذ طابع المناقشة التفصيلية حول الواقعة والأدلة المقدمة ضد المتهم في الدعوى الجنائية ، وهو بذلك يستهدف التحقيق من أدلة الدعوى ^(٢).

(١) حسنى الجندى ، شرح قانون الإجراءات الجنائية ، مرجع سابق ، ص ٧٠٠ - د/ جلال ثروت ، مرجع سابق ، ص ٤٤٠

(٢) وطبيعة الاستجواب الأولى في التحقيق الابتدائي هي الاستعانة به في جمع الأدلة ، إذ قد يؤثر المتهم الاعتراف مختاراً و قد تصدر منه أقوال تتخذ دليلاً ضده . ويرى بعض الشراح أن الاستجواب حتى في وضعية الحديث إجراء مقنن ، لأنه ينطوي بذاته على رغبة تضيق الخناق على المتهم . وبالتالي على رغبة التأثير فيه على نحو أو آخر وقد يدفعه تعدد الأسئلة إلى استدراجه إلى أن يقول إن صدقاً أو كذباً ما ليس في صالحه أو إلى اعتراف غير مطابق للواقع .

إلا أن الغالبية العظمى - وبحق - تسلم بفائدة - بالأقل في مرحلة التحقيق الابتدائي لجمع عناصر الاتهام وأخذ رأى المتهم د/ رؤف عبيد ، مبادئ الإجراءات الجنائية ، ط ١٦ ، مرجع سابق ، ص ٤٦٢

د/ فوزية عبد الستار ، مرجع سابق ، ص ٣٣٧ - د/ عمر السعيد ، مرجع سابق ، ص ٣٩٩ .

الثانية . وسيلة دفاع إذ عن طريقه يتاح للمتهم أن يناقش ويدحض الأدلة والشبهات القائمة ضده وقد يقتنع المحقق بدفاعه فيقرر أن لا وجه لإقامة الدعوى ضده في حين أنه إذا لم يستجوب لظلت الأدلة والشبهات قائمة ضده وأحيل بناءً عليها إلى القضاء^(١).

وهكذا لا يقتصر الهدف من الاستجواب على مجرد البحث عن أدلة ضد المتهم ، وإنما يتضمن أيضا السعى وراء الحقيقة ، ويسر للمتهم في ذات الوقت إبداء دفاعه . وتفنيد الأدلة المقدمة ضده .

المطلب الثاني

ضمانات سلامة الاستجواب

٢٣٥- تمهيد وتقسيم :

بينما أن الاستجواب أخطر إجراء من إجراءات التحقيق يتعرض له المتهم لما قد يفضى إليه من إقرار وهذا الإقرار لا يهدم أصل البراءة التي هي الأصل في الإنسان^(٢) لذلك أحاطه المشرع بضمانات كافية حتى يكون معبرا عن الحقيقة فضلا عن أنه وسيلة المتهم لتفنيد الأدلة المقامة ضده بنفسه وعليه يمكننا تقسيم هذا المطلب إلى ثلاثة أفرع :-

الفرع الأول : صلة القائم بالاستجواب

الفرع الثاني : سلامة إرادة المتهم عند استجوابه

الفرع الثالث : دعوة محامي المتهم للحضور

(١) د/ محمود نجيب حسنى ، مرجع سابق ، ص ٦٩٦ - د/ اسامة عبد الله قايد ، مرجع سابق ، ص ٤٢٦

د/ مدحت رمضان ، مرجع سابق ، ص ٢٠٦

(٢) أما في النظام الانجلو سكسوني فإن الاستجواب يتم في المحكمة فقط ولا يجريه القاضي وإنما الخصوم هم الذين يقومون باستجواب المتهم د / سامي النبراوى ، رسالة سابقة ، ص ٣٤ د / عبد الرؤف المهدي ، مرجع سابق ، ص ٥٠٥

نقض ١٩٥٩/١٢/٢٢ ، أحكام النقض ، س ١٠ ، رقم ٢١٥ ، ص ١٠٤١

الفرع الأول

صفة القائم بالاستجواب

٢٣٦- حظر الاستجواب بمعرفة مأمور الضبط القضائي :-

نظرا لدقة الاستجواب وخطورته فيما ينجم عنه من وجود أدلة ضد المتهم يجب أن يقوم به جهة محايدة أو شخص أهل الثقة به ، لذلك أوصى أن يكون القائم به هو المحقق نفسه وقد جاء بنص الفقرة الأولى من المادة ١٢٣ إجراءات جنائية " عند حضور المتهم لأول مرة في التحقيق يجب على المحقق أن يتثبت من شخصيته، ثم يحيطه علماً بالتهمة المنسوبة إليه ويثبت أقواله في المحضر " (١).

ونظرا لخطورة الاستجواب فإن أغلب التشريعات اتجهت إلى حظر مباشرة هذا الأجراء بمعرفة مأمور الضبط القضائي وجعلت الاختصاص بإجرائه مقصور على سلطة التحقيق دون غيرها (٢) وقيل لتبرير هذا الحظر أن الشخص الذي تؤخذ أقواله بمعرفة البوليس لا تتوافر له الضمانات التي تتوافر عند مباشرة هذا الإجراء بمعرفة المحقق (٣).

(١) فهد إبراهيم السبهان ، رسالة سابقة ، ص ٥٩

(٢) ومن التشريعات العربية التي اتجهت إلى قصر الاستجواب على سلطة التحقيق أ: المشرع البحريني حيث نص في المادة ١٢٣ إجراءات جنائية " يجب على عضو النيابة - عند حضور المتهم لأول مرة في التحقيق أن يدون جميع البيانات بشخصية ، ويحيطه علماً بالتهمة المنسوبة إليه ، ويثبت في المحضر ما قد يبيده في شأنها من أقوال "

ب) المشرع الأردني - نص في المادة ١٠٠ من قانون أصول المحاكمات الجزائية على ما يلي - " يجب على موظف الضابطة العدلية أن يسمع فوراً أقوال المشتكى عليه المقبوض عليه فإذا لم يقتنع بها يرسله خلال ثماني وأربعين ساعة المدعى العام المختص ويجب على المدعى العام أن يستجوبه في ظرف أربعة وعشرين ساعة ثم يأمر بتوقيفه أو بإطلاق سراحه "

ج) المشرع الإماراتي نص في المادة ٩٩ من قانون الإجراءات الجزائية " يجب على عضو النيابة العامة عند حضور المتهم لأول مرة في التحقيق أن يدون جميع البيانات الخاصة بإثبات شخصيته ويحيطه علماً بالتهمة المنسوبة إليه ويثبت في المحضر ما قد يبيده في شأنها من أقوال .

د) المشرع السعودي نص في المادة الأولى بعد المائة من قانون الإجراءات الجزائية " يجب على المحقق عند حضور المتهم لأول مرة في التحقيق أن يدون جميع بياناته الشخصية الخاصة ويحيطه علماً بالتهمة المنسوبة إليه ويثبت في المحضر ما قد يبيده المتهم بشأنها من أقوال وللمحقق أن يواجهه بغيره من المتهمين أو الشهود "

(3) Vauim (R) et Feaute (J) , droit pénal et criminologie, presses de France, 1956 , P . 38 .

٢٣٧- فى القانون المصرى :-

اتجه المشرع المصرى فى المادة ٧٠ فقرة أولى إلى حظر نذب مأمور الضبط القضائى لاستجواب المتهم وعلى الرغم من صراحة هذا النص فقد اتجه رأى إلى القول بجواز النذب للاستجواب .

وسندهم فى ذلك أن المشرع أجاز لمأمور الضبط القضائى مباشرة الإستجواب إذا نذب لمباشرة إجراء تحقيق ثم جد من الظروف ما يجعل استجواب المتهم ضروريا على وجه السرعة^(١) وتطبيقا لهذا قضت محكمة النقض " ... أن المادة ١٩٩ من قانون الإجراءات الجنائية وقد وردت فى الباب الرابع فى التحقيق بمعرفة النيابة - قد نصت على أنه " فيما عدا الجرائم التى يختص قاضى التحقيق بتحقيقها وفقا لنص المادة (٦٤) تباشر النيابة التحقيق فى مواد الجنج والجنايات طبقا للأحكام المقررة لقاضى التحقيق مع مراعاة ما هو منصوص عليه فى المواد التالية " . كما نصت المادة (٢٠٠) على أن " لكل من أعضاء النيابة العامة فى حالة إجراء التحقيق بنفسه أن يكلف أى مأمور من مأمورى الضبط القضائى ببعض الأعمال التى من خصائصه " ولم ترد فى هذا الباب أية إشارة إلى المادة ٧٠ من قانون الإجراءات ، فدل الشارع بذلك على أن المادة ٢٠٠ هى الأساس التى يرجع إليها وحدها فى تحديد نطاق النذب من جانب النيابة ومداه وقد جاء هذا النص خاليا من أى قيد وتقدير كل ما يتعلق بالنذب متروك للجهة الأمرة به^(٢) وقضت فى حكم آخر بأن " ما جرى به نص المادة ٢٠٠ من قانون الإجراءات الجنائية من أن " لكل من أعضاء النيابة العامة فى حالة إجراء التحقيق بنفسه أن يكلف أى مأمور من مأمورى الضبط القضائى ببعض الأعمال التى من خصائصه " وهو نص عام مطلق يسرى على كافة إجراءات التحقيق ، وليس فى القانون ما يخصصه أو يقيد^(٣) ومن جانبنا نرى تأييد ما ذهب إليه غالبية الفقه من حظر نذب مأمور الضبط القضائى لاستجواب المتهم وذلك لصراحة نص المادة ٧٠ إجراءات التى حظرت النذب للاستجواب ، وإذا كانت المادة ٧١ فقرة ثانية قد أجازت لمأمور الضبط

(١) د/ قدرى الشهاوى ، الموسوعة الشرطية القانونية ، عالم الكتب ، ١٩٧٧ ، ص ٥٩٨ - د/

إبراهيم حامد طنطاوى ، الحبس الاحتياطي ، مرجع سابق ، ص ٧٢

(٢) نقض ١٩٦٠/٢/٨ ، أحكام النقض ، س ١١ ، رقم ٣٠ ، ص ١٤٨

(٣) نقض ١٩٧٣/١/٢٥ ، أحكام النقض ، س ٢٤ ، رقم ٢١٩ ، ص ١٠٥٣

مباشرة الاستجواب فإن هذا استثناء على القاعدة الواردة بالمادة ٧٠ لا يجوز القياس عليه ولا التوسع في تفسيره .

ومن ناحية أخرى فليس صحيحا أن المادة ٢٠٠ إجراءات هي التي تحكم سلطة النيابة العامة في النذب ذلك أن المادة ١٩٩ أوجبت على النيابة العامة مباشرة التحقيق في مواد الجنايات طبقا للأحكام المقررة لقاضي التحقيق ولما كانت المادة ٧٠ فقرة أولى تطبق على قاضي التحقيق فإن تطبيقها يمتد إلى النيابة إعمالا للمادة ١٩٩ كما إن الحكمة التي اقتضت حظر قيام قاضي التحقيق بنذب مأمور الضبط القضائي لاستجواب المتهم تتوافر بالنسبة للنيابة ^(١) وهذه الحكمة هي خطورة هذا الأجراء لما قد يترتب عليه من اعتراف مما يقتضى أن يعهد به إلى سلطة قضائية ^(٢).

٢٣٨- في القانون الفرنسي :

الوضع في فرنسا قبل صدور قانون ٨ ديسمبر ١٨٩٧ :-

لم يكن استجواب المتهم في الحضور الأول معروفا حيث لم ترد أي إشارة إليه في قوانين التحقيق الجنائي السابق . فكان المتهم يستجوب في الموضوع مباشرة عند أول مقابلة له مع قاضي التحقيق دون أن يعترف له بالحقوق التي اشتمل عليها ذلك الاستجواب حيث أن الهدف الوحيد الذي كان يسعى إليه الاستجواب هو

(١) د/ محمود نجيب حسنى ، مرجع سابق ، ص ٧٠١ - د/ فورية عبد الستار ، مرجع سابق ، ص ٣٣٨ - د / إبراهيم حامد طنطاوى ، رسالة سابق ، ص ٥٣٦ .

(٢) د/ عبد الرؤف المهدي ، مرجع سابق ، ص ٥٠٦ ويذهب إلى القول انه بالتأمل في نص المادة ١٩٩ إجراءات جنائية قد ورد به عبارة " مع مراعاة ما هو منصوص عليه في المواد التالية " مما يفهم منه ان تلك القاعدة تسرى بشرط ألا تتعارض مع ما هو منصوص عليه في المواد التالية . فإن أورد المشرع في هذه المواد ما يتعارض معها كان ما ورد في هذه المواد الأخيرة أولى بالاتباع . وتطبيقا لذلك متى أورد المشرع في المادة ٢٠٠ من قانون الإجراءات وهي من المواد التالية للمادة ١٩٩ من قانون الإجراءات - أن حق النيابة العامة في نذب مأمور الضبط القضائي مطلق لم يرد عليه قيد خاص بالاستجواب أو غيره من الأعمال التي من خصائصه ، فإنه يمكن القول بأنه يمكن لمأمور الضبط القضائي أن يجرى الاستجواب إذا كان منتدبا لذلك من النيابة العامة دون قاضي التحقيق وهذا الأمر يقلل ولا شك من ضمانات المتهم ويطالب سيادته - وبحق- أن يتدخل المشرع لتعديل نص المادة ٢٠٠ بما يفيد عدم جواز النذب في الاستجواب.

الحصول على اعتراف المتهم بصرف النظر على أي اعتبار آخر (١) .

وبصدور قانون الإجراءات الجنائية الحالي فإن المادة ١١٤ منه تنص على استجواب الحضور الأول ، وهي تقنين جديد للمادة ٣ من قانون ٨ ديسمبر لسنة ١٨٩٧ م والمنصوص عليه الآن في المادة ١١٦ من القانون الحالي ، وهي تنص على أنه عند الحضور الأول للمتهم يثبت قاضي التحقيق شخصيته ويعلمه صراحة بكل واقعة منسوبة إليه وينبه عليه بأن له الحرية في ألا يذكر أي تصريحات مع إثبات ذلك في محضر وإذا رغب المتهم في أن يدلي بأقوال تؤخذ منه بمعرفة قاضي التحقيق في الحال وذلك دون أن يفرض عليه أداء القسم أو الحلف باليمين خوفا من الحنث به (٢) أما فيما يتعلق بضباط الشرطة القضائية فإنه لا يمكن بأي حال من الأحوال بأن يجري استجوابا " طبقا للمادة ١٥٢ فقرة ١ من قانون الإجراءات الجنائية ولا يجوز لمأمور الضبط القضائي المندوب للتحقيق إذا توافرت شبهات قوية ضد شخص معين أن يسأله بوصفه شاهدا لأن هذه الشهادة تعتبر في هذه الحالة استجوابا " (٣) .

وهذا الحظر المنصوص عليه في المادة ١٠٥ لا يطبق في مرحلة التحقيق الأولى (٤) بمعنى أن توافر دلائل خطيرة ضد شخص تبرر اتهامه لا تحول دون استدعاء هذا الشخص وسماع أقواله كشاهد بعكس ما لو كان مأمور الضبط القضائي

(١) وطبقا لما جاء في الفقه القضائي كان القاضي يصدر أحكامه بمقتضى قانون ٢٨ أكتوبر لسنة ١٩٥٥ حيث أن مبدأ الاستجواب الابتدائية عند حضور المتهم أو مثوله لأول مرة أمام قاضي التحقيق قد تقرر بمقتضى قانون ٨ ديسمبر لسنة ١٨٩٧ م - والذي كان غير مطبق في عمل التحقيقات الأولية .

Cass . crim ., 11 août 1899 : B . C ., n0 255 - 18 Janv . 1951 : B . C ., n0 22 .
وكان غير معمول به أيضا أمام غرفة الاتهام .

Cass . crim ., 17 Juill . 1899 : B . C ., n0 199 - 21 avr . 1944 : DA , 1944, 88

(٢) بخلاف الحال في القانون الإنجليزي حيث يستمع المتهم كشاهد بعد أداء اليمين ثم يخضع بعد ذلك للتحقيق

Merle et vitu , OP . cit .No 187 , P. 236

(3) Cass . crim ; 17 juin 1964 ; J.G.P. 1964 . 4. 110

(4) Cass . crim ; 27 Juill . 19 64; J.G.P. 1964 . 2 : 1391 ; mote le clére ; Rev .
sc . crim 1965 ; 1490 Obs . J. Robert

يعمل بناء على إنابة قضائية إذ أن توافر هذه الدلائل الخطيرة تحول دون قيام المندوب بسماع أقوال هذا الشخص كشاهد .

الفرع الثاني سلامة إرادة المتهم عند استجوابه

٢٣٩- أن تكون إرادة المتهم حرة :-

يتعين لصحة الاستجواب أن يباشر في ظروف تكفل سلامة إرادة المتهم وحرية ، أي أن يكون المتهم حراً في إبداء أقواله ودفاعه فيما يقرره المتهم أثناء إجراء استجوابه وينبغي أن يكون تعبيراً عن إرادة حرة ، فإذا بوشر الاستجواب بطريقة تؤثر على إرادة أو حرية المتهم فتعدها أو تعييبها كان الاستجواب باطلاً ، ولا يمكن الاستناد إلى ما جاء فيه . فعلة الاستجواب هي معرفة الحقيقة من وجهة نظر المتهم^(٣) وفي ضوء هذه العلة يتعين تقرير عدم مشروعية أية وسيلة من شأنها التأثير على إرادة المتهم . وعلى ذلك فإننا نستعرض بعضاً من الوسائل التي تعتبر مخالفة لأدمية الإنسان وكرامته والتي تستلزم تجنبها لما تمثله من انعدام لإرادة المتهم ، ومن هذه الوسائل عدم جواز تحليف المتهم اليمين القانونية ، العنف ، الاستجواب المطول ، استخدام كلاب الأمن والحراسة .

٢٤٠- عدم جواز تحليف المتهم اليمين القانونية Le serment

يعتبر من قبيل الإكراه المعنوي تحليف المتهم اليمين القانونية فلا يجوز للمحقق عند استجواب المتهم أن يحلفه اليمين ولعل الحكمة من عدم تحليف المتهم هو عدم دفعه على أن يدلي بأقوال مخالفة لالتزامه الديني المتمثل في حلف اليمين لاسيما أن للمتهم مصلحة في إنكار التهمة وعدم الاعتراف بها هذا بالإضافة إلى أن العدالة لا تجرم متهماً قد كذب في أقواله لأنها تعتبر نوعاً من الدفاع المشروع ولكن

(١) د/ محمود نجيب حسنى ، مرجع سابق ، ص ٢٠٥ - د/ مأمور محمد سلامة قانون الإجراءات الجنائية معلقاً عليها ،
مرجع سابق ، ص ٣٩٣ - د/ حسنى الجندى ، شرح قانون الإجراءات ، مرجع سابق ، ص ٧١٣.

اليمين له حرمة وجلاله في القلوب فلا يجوز حمل الناس على الاستخفاف به (١) وهذه الضمانة لا تستند إلى نص في قانون الإجراءات الجنائية ولكن قررها القضاء واستقر عليها بل ورتب البطلان على مخالفتها بطلانا يتعلق بالنظام العام تقضى به المحكمة من تلقاء نفسها حتى لو تنازل عنه المتهم . هذا هو مذهب القضاء الفرنسي أيضا (٢) وقد يحدث أحيانا أن يسأل شخص بصفته شاهدا فيحلف اليمين ثم يسأل بصفته متهما فلا يحلف اليمين فهنا لا تبطل أقواله التي سمع فيها بوصفه شاهدا حيث لا يوجد ما يعيبها وفي إنجلترا يجيزون للمتهم أن يحلف اليمين كي يسمع كشاهد إذا رأى مصلحة له في ذلك فإن ثبت أنه لا يقرر الحقيقة عوقب بعقوبة الشهادة الزور (٣) .

والأساس الذي يقوم عليه تحليف المتهم لليمين بالله هو تحريك الوازع الديني والضمير الأخلاقي وذلك بأن يقسم بالله بأنه سوف يقول الحق وبهذا تتحول العلاقة من كونها بين متهم ومحقق إلى علاقة بين مخلوق وخالق ومن ثم فقد يتغلب الوازع الديني وتحت هذا الضغط المعنوي يقدم المتهم إلى الاعتراف خوفا من عذاب الله ومن ثم إذا حلف المتهم اليمين بناء على طلب المحقق فإن هذا اليمين يعد من قبيل الإكراه المعنوي ومن ثم يترتب عليه بطلان الاستجواب ، وبطلان الأدلة المستمدة من هذا الاستجواب وهو بطلان متعلق بالنظام العام ومن ثم لا يجوز للمتهم أن يتنازل عنه (٤) .

(١) فهد إبراهيم السبهان ، رسالة سابقة ، ص ١٠٣

(٢) د / احمد فتحي سرور ، الوسيط في قانون الإجراءات ، ط ١٩٨٥ ، مرجع سابق ، ص ٣٢٤ - د / رمسيس بهنان مرجع سابق ، ص ٢٤٨ - راجع ص ٣١٨ من الرسالة
(٣) د / عبد الرؤف مهدى ، مرجع سابق ، ص ٥٠٨ - د / سامي النبراوي ، مرجع سابق ، ص ٣٩ .

(٤) تنص قوانين بعض الدول على تحريم توجيه اليمين للمتهم مثل المادة (١٢٦) فقرة أولى من قانون اصول المحاكمات الجزائية العراقي رقم ٢٣ لسنة ١٩٧١ ، وقانون فنزويلا في المادة (١٩٣) إجراءات جنائية والمادة (٢٠) من دستور اورجواي ، والمادة (٢٤٢) من قانون الإجراءات الجنائية لشيلي والمادة (٢٤٢) من الإجراءات الهندي د / سامي الملا ، مرجع سابق ، ص ١٠٣ - د / محمد السعيد عبد الفتاح ، مرجع سابق ، ص ٢٢٤ .

وبالنسبة للشرعية الإسلامية فقد عرفت نظام القسامة ^(١) ويقصد بها الأيمان الذى يقسم بها أولياء المقتول على استحقاق صاحبهم ، ويقال قتل فلان بالقسامة إذا ادعى أولياء القتل على رجل أنه قتل صاحبهم بدليل غير البينة . وتمثل القسامة دليل إثبات فى العصور السابقة للإسلام ولقد أقرها الإسلام ^(٢) رعاية من رسول الله صلى الله عليه وسلم لمصلحة الأمة ومنعا للنار وحقنا للدماء .

والقسم فى الشريعة الإسلامية مشروع بنصوص القرآن الكريم وبأحاديث رسوله - صلى الله عليه وسلم - فيقول الله جل شأنه " فيقسمان بالله لشهادتنا أحق من شهادتهم " ^(٣) ويقول الله جل شأنه " والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهود إلا أنفسهم فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله أنه لمن الصادقين * والخامسة أن لعنت الله عليه إن كان من الكاذبين * ويدروا عنها العذاب أن تشهد أربع شهادات بالله إنه لمن الكاذبين * والخامسة إن غضب الله عليها إن كان من الصادقين " وهذه السورة تبين مدى حجية مشروعية القسم وفيها فرج للأزواج وزيادة مخرج إذا قذف أحدهم زوجته وتعسر عليه إقامة البينة أن يلاعنها كما أمر الله عز وجل وهو أن يحضرها إلى الإمام فيدعي عليها بما رماها به فيحلفه الحاكم أربع شهادات بالله فى مقابلة أربعة شهود إنه لمن الصادقين أي فيما رماها من الزنا والخامسة أن لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين - فإذا قال ذلك بانته منه بنفس هذا اللعان عند الشافعية وطائفة كثيرة من العلماء وحرمت عليه أبداً ^(٤) .

وفى السنة النبوية الكثير من الأحاديث التى تؤكد مشروعية القسم ما روى عن أبي أمامة إياس بن ثعلبة الحارثي رضى الله عنه أن رسول الله عليه وسلم - قال من اقتطع حق امرئ مسلم بيمينه ، فقد أوجب الله له النار ، وحرّم الله عليه الجنة ، فقال له رجل : وإن كان شيئاً يسيراً يا رسول الله ؟ قال : وإن كان قضيباً

(١) والقسامة فى اللغة تستعمل بمعنى الوسامة وهو الحسن والجمال ، يقال فلان قسيم أى حسن جميل وتستعمل لغة بمعنى القسم وهو اليمين ، وقيل القسم فى القسامة يقال أقسم بالله واستقسم به وقاسم : حلف له ، تقاسموا وإنما تحالفوا لسان العرب لابن منظور ، ج ١٢ ، ص ٤٨١

(٢) المغنى ، لأبن قدامة ، مرجع سابق ، ج ٨ ، ص ٦٤ .

(٣) سورة المائدة الآية (١٠٧) سورة النور الآية (٦ ، ٧ ، ٨ ، ٩) .

(٤) تفسير القرآن العظيم ، لابن كثير ، ج ٣ ، ص ٢٥٧

من أراك " رواه مسلم ^(١) وقد روى الترمذى عن الأشعث بن قيس قال : كان بينى وبين رجل خصومة فى بئر فاخترنا إلى النبى - صلى الله عليه وسلم فقال : شاهداك أو يمينه قلت : إذن يحلف ولا يبالي فقال من حلف عليه يمين صبر ويقتطع بها مال امرئ مسلم هو فيها فاجر لقى الله وهو عليه غضبان ، ونزلت الآية " إن الذين يشترون بعهد الله وأيمانهم ثمنا قليلا " ^(٢).

واختلف الفقهاء فى مشروعية الإثبات بالقسامة فى دعوى الدم على رأيين .

الأول - رأى جمهور الفقهاء :-

وهم يرون أن القسامة من الأدلة الشرعية فى إثبات جرائم الدم ومن ثم يحكم بها القاضى متى وجد مبرراً للأخذ بها واستندوا فى هذا أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى بالقسامة فى شأن محبسه بأن يقسم خمسون يمينا من أولياء القتيل على رجل من المتهمين به فيندفع برمته إليه فأبوا فقال تبرئكم يهود بإيمان خمسين فأبوا ، فوداه رسول الله صلى الله عليه وسلم بمائة من عنده متفق عليه ^(٣) ويقول الحق سبحانه وتعالى " وما أتاكم الرسول فخذوه وما نهاكم عنه فانتهوا " ^(٤) ولما كان الحديث عن رسول الله صلى الله عليه وسلم - فى تطبيق الحكم بالقسامة صحيحا ومتفق عليه .

الرأى الثانى :-

فيرى أنصاره وهم بعض الفقهاء التابعين عدم مشروعية الإثبات بالقسامة سواء فى القصاص أو الدية وانتهوا إلى أن القاضى ليس له أن يحكم بالقسامة وقد استندوا فى هذا إلى أن تطبيق القسامة فى مجال الإثبات يخالف الأصل المقرر فى اليمين بمعنى أنه كيف يكون المرء أن يحلف على ما لم ير سواء كانت هذه الرؤية يقينية وهو ما يتحقق بالعين أو سمعية .

(١) رياض الصالحين ، مرجع سابق ، ص ٤٨٤

(٢) جمع الفوائد ، مرجع سابق ، ص ٥٩٣

(٣) أعلام الموقعين ، مرجع سابق ، ج ٤ ، ص ٣٦٦ ومشار إليه فى محمود هشام محمد

رسالة سابقة ، ص ١٤٣

(٤) الحشر الآية رقم (٧)

ولما كان العلم يحمل اليمين وهو الشيء المحلوف عليه شرطاً لصحة اليمين فمن ثم يصبح الحلف قد ورد على غير محل^(١).

- ويلاحظ بمقارنة أدلة المؤيدين وأدلة المانعين تظهر سلامة أدلة المؤيدين حيث أن الرسول صلى الله عليه وسلم عندما أجاب بتطبيق القسامة في مسائل الدم فإنه أوجب على الجميع المشاركة في المسؤولية الأمنية لإيقاظ الضمير ودفع الأذى ومنع الثأر .

٢٤١- العنف :

يقصد بالعنف - كل قوه مادية مباشرة خارجة عن المتهم لا قبل له بمقاومتها ، تستطيل إلى المساس بجسمه ويكون من شأنها أن تلحق به أذى ، فتعطل إرادته أو تسلبها نهائياً بحيث تشل لديه حرية الاختيار^(٢) .

وقد نصت المادة ١٢٦ من قانون العقوبات علي أن " كل موظف أو مستخدم عمومي أمر بتعذيب متهم أو فعل ذلك بنفسه لحمله علي الاعتراف يعاقب بالسجن المؤبد أو المشدد أو السجن من ثلاث سنوات إلي عشر وإذا مات المجنى عليه يحكم بالعقوبة المقدرة للقتل عمداً " - ونصت المادة ٢/٣٠٢ من قانون الإجراءات الجنائية علي أن " كل قول يثبت إنه صدر من أحد المتهمين أو الشهود تحت وطأة الإكراه أو التهديد به يهدر ولا يعول عليه كما صدر قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم ٣٤٥٢ في ٩ ديسمبر سنة ١٩٧٥ بشأن حماية جميع الأشخاص ضد التعذيب وغيره من العقوبات أو المعاملات القاسية أو غير الإنسانية أو المهينة وحظرت المادة (٥) من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر سنة ١٩٤٨ تعذيب المتهم^(٣) .

ويجمع الفقه في مصر علي أنه لا يجوز استخدام العنف أو الإكراه المادي مع المتهم

(١) محمود هشام ، رسالة سابقة ، ص ١٤٥

(٢) د/ سامي الملا، اعتراف المتهم/ مرجع سابق، ص-١٣٦ - د/ سامي النبراوي ، رسالة سابقة ، ص-٤١٦ ،

(٣) وقد جاء في المؤتمر الدولي لمقاومة التعذيب الذي انعقد بباريس سنة ١٩٧٤م إلي التوصية بضرورة منع تقديم المعونات العسكرية للدول التي تمارس التعذيب وكان من بين الاقتراحات في هذا المؤتمر ضرورة العمل علي إنشاء محكمة دولية لجرائم التعذيب لمحاكمة من يباشروها أو يقر ممارستها دعماً لحق الإنسان في سلامته الجسدية - د/ قدرى عبد الفتاح الشهاوي ، مرجع سابق/ ص-٢٣ - د/ حاتم بكار، مرجع سابق ، ص-٣٥٢ .

حال استجوابه مهما كان الدافع وراء هذا العنف أو التعذيب فأى درجة من العنف تبطل الاستجواب حتي ولو كان ما يدلي به المتهم مطابقاً للحقيقة^(١).

صور العنف أو الإكراه المادي: إن حصر صور العنف " الإكراه المادي " أمر صعب وذلك لتعدد أشكالها واختلاف وسائلها ومن ثم نجد أن صوراً كثيرة مستحدثة يقوم بها رجال منوط بهم ضبط الجرائم ومرتكبيها - تحت الدفع بمقولة الوصول إلى الحقيقة . فالقبض والضرب والإيذاء البدني يعد من أقصر الطرق التي من خلالها يتكلم المشتبه فيه ويبدأ في الإقرار^(٢).

موقف القضاء : يؤيد القضاء في كل أحكامه موقف المشرع والفقهاء من ضرورة سلامة إرادة المتهم وحرية حال استجوابه وتطبيقاً لهذا حكم بأن الإكراه يكون متوافراً عند هجوم الكلب البوليسي على المتهم وتمزيق ملابسه وإحداث إصابات به^(٣).

وفي حكم آخر " بأنه إذا كانت وقائع التعذيب قد حصلت فعلاً ، تعين إطراح الأقوال التي جاءت على ألسنة الشهود والمستجوبين الذين خضعوا لهذا التعذيب بأي

(١) اختلف الآراء حول تحديد مفهوم العنف الإجرامى وبيان الدوافع التي تجعل الشخص يقاوم مسلك العنف والتعدي ، فنرى من حاول إقامة هذا المفهوم على أنه تسخير استخدام للطاقة المادية المتاحة لدى الإنسان بغية المساس بحق يحميه القانون للمجنى عليه ، بهدف تحقيق غاية معينة . يسعى لتحقيقها الجاني ، ومنهم من ذهب إلى أن انتهاج الشخص مسلك العنف والتعدي إنما هو وليد محاكاة لسلوك الآخرين في المجتمع والتي يلجأ الجاني من تأثرها لمسلك العنف والاعتداء، بغية إعادة التوازن الاجتماعي ، وذهبت بعض الآراء الحديثة إلى بحث مفهوم العنف من خلال تأثيره على إرادة المجنى عليه د/ عصام أحمد محمد ، النظرية العامة للحق في سلامة الجسم ، رسالة دكتوراه " حقوق القاهرة " ، ١٩٨٨ ، ص ٣٥ - د/ محمد السعيد عبد الفتاح ، رسالة سابقة ، ص ١٧٤

(٢) وقد نصت المادة ١٦٠ من التعليمات العامة للنيابات " يراعى المحقق في تعامله مع المتهم احترام كرامته وأدميته وذلك بالابتعاد عن الأساليب والعبارات التي تتضمن إتهاماً لكرامة الإنسان كما لا يجوز اللجوء إلى التعذيب إيتفاء الحصول على الاعتراف باقتراف الحادث الذي يجري التحقيق فيه ... ومزيد من التفصيل لصور التعذيب .. د/ عمر الفاروق ، مرجع سابق، ص ١٤٤

(٣) نقض ١٩٤٩/١١/٢٢ أحكام النقض ، س ٩ ، رقم ٣٢ ، ص ٨٧ - نقض ١٩٧٥/١١/٢٥ ، س ١٦ ، رقم ١٤٠ ، ص ٨٣٩ نقض ١٩٦٧/٥/١٥ ، س ١٨ ، رقم ١٢٧ ، ص ٦٥١ - وفي هذا المعنى نقض ٩٦/٢/١١ ، س ٤٧ ، رقم ٢٣٢ ، ص ٢٢٢

وجه ولا يصح التعويل علي هذه الأقاويل ولو كانت صادقة مطابقة للواقع متي كانت وليدة تعذيب أو إكراه أيا كان قدره من الضئولة " (١).

وفي حكم ثالث قضى " بأنه إدلاء الطاعن - وباقي المحكوم عليهم - باعترافه أمام النيابة العامة ليس من شأنه - بذاته - نفي الإكراه المقول بحصوله أمام الشرطة ولا عدم استطالة أثره إلي ما أدلي به بتحقيقات النيابة العامة " (٢).

في حين قضت محكمة النقض بأن " حضور الضابط استجواب النيابة للمتهم ليس فيه ما يعيب هذا الإجراء أو يبطله في وقت كان مكفولا له فيه حرية الدفاع عن نفسه بكافة الضمانات " (٣).

وفي حكم آخر قضت بأن " سلطان الوظيفة في ذاته - كوظيفة رجل الشرطة - بما يسبغه علي صاحبها من اختصاصات وإمكانات لا يعد إكراها ما دام هذا السلطان لم يستطل إلي المتهم بأذي ماديّ كان أو معنويّا ومجرد الخشية منه في ذاتها لا تعد إكراها ولا قرين إكراه " (٤).

وبالنسبة للشريعة الإسلامية فقد جاءت بسبقها وكمالها وعظمتها إلي رفض التعذيب وفي هذا الصدد يقول عز وجل " والذين يؤذون المؤمنين والمؤمنات بغير ما اكتسبوا فقد احتملوا بهتاناً وإثماً مبيناً " (٥) ويتأسس ذلك علي احترام الإسلام لكرامة الإنسان إذ قال تعالى " ولقد كرّمنا بني آدم وحملناهم في البر والبحر ورزقناهم من الطيبات وفضلناهم علي كثير ممن خلقنا تفضيلاً " (٦).

(١) نقض ١٣/١٠/١٩٦٩، أحكام النقض ، س ٢٠، رقم ٢٠٨، ص ١٠٥٦

(٢) نقض ١٨/٥/١٩٨٩، طعن رقم ١٧٣١ لسنة ٥٩ قضائية

(٣) نقض ٦/٣/١٩٦١ أحكام النقض ، س ١٢، رقم ٥٩، ص ٣١١ - نقض ١٦/٤/١٩٨١، س ٣٢، رقم ٦٣، ص ٣٥٠

(٤) نقض ١٥/١/١٩٩١، أحكام النقض ، س ٤٢، رقم ١٢، ص ٦٧ - وقضى بأن " التذرع بالخوف من القبض أو الحبس لا يكفي لاعتبار التذرع بهما تهديداً ما دام انهما قد وقعا صحيحين وعلي سند من القانون . كما أن شعور المتهم بالخوف والرغبة من المحقق من تلقاء نفسه واعترافه أثناء استجوابه تحت هذا التأثير لا يعتبر تهديداً ولا إكراها " نقض ٢٢/١٠/١٩٦٢، أحكام النقض ، س ١٣، رقم ١٦٤، ص ٦٦٠.

(٥) سورة الأحزاب . الآية رقم (٥٨)

(٦) سورة الإسراء الآية رقم (٧٠)

وقال صلى الله عليه وسلم " إن دماءكم وأموالكم وأعراضكم عليكم حرام كحرمة يومكم هذا في شهركم هذا في بلدكم هذا " (١).

وعن أبي دواد والنسائي عن أزهر عبد الله الحرزي . أن قوماً من الكلاعين سرق لهم متاع وأتاهم أناس من الحاكمة ، فأتوا بهم الصحابي نعمان بن بشير فحبسهم أياماً ثم خلى سبيلهم فأتوا النعمان ، وقالوا خلّيت سبيلهم بغير ضرب ولا امتهان فقال لهم النعماني ما شئتم ، إن شئتم أضربهم فإن خرج متاعكم فذاك ، وإلا أخذت لهم من ظهوركم مثلما أخذت من ظهورهم ، فقالوا هذا حكمك ، فقال هذا حكم الله ورسوله (٢).

وفي هذا الصدد ينبه الحسن البصري أمير المؤمنين عمر بن عبد العزيز ، إذ كتب إليه يقول:

" واعلم يا أمير المؤمنين أن الله أنزل الحدود ليزجر بها الخبائث والفواحش ، فكيف إذا أتاه من يليها وأن الله جعل القصاص لعباده فكيف إذا قتلهم من يقتص لهم "

فهذا الخطاب ينبه إلى خطورة جريمة التعذيب التي يباشرها من يفترض فيهم حفظ حقوق المتهم ووقايته من العاديات (٣).

٢٤٢- الاستجواب المطول :

قد يعمد المحقق إلى إطالة وقت الاستجواب لإحداث إجهاد نفسي للمستجوب وينتج عن ذلك التأثير في إرادته لعدم قدرته الذهنية على متابعة المناقشة التفصيلية لوقت طويل . فإذا حدث هذا فإن الاستجواب يبطل (٤) ورغم أنه لا يوجد معيار زمني محدد لإجراء الاستجواب إلا أن تحديد الفترة المعقولة لإجراء الاستجواب

(١) رياض الصالحين، مرجع سابق ، ص ١٠١

(٢) القاضي أبي يوسف يعقوب بن إبراهيم ، الخراج ، المطبعة السلفية ، بدون تاريخ ، ص ١٩٠

(٣) د/ محمد محمد سيف، الحماية الجنائية لحقوق المتهم، رسالة دكتوراه " حقوق عين شمس " ١٩٩٠، ص ٢١٦.

(٤) د/ محمود نجيب حسني ، مرجع سابق ، ص ٧٠٧ - د/ عبد الفتاح مصطفى الصيفي، مرجع سابق، ص ٣٥٩ - د/ مأمون محمد سلامة ، قانون الإجراءات الجنائية معلقاً عليها، مرجع سابق، ص ٣٩٣

دون تأثير علي إرادة المتهم مسألة تخضع لرقابة محكمة الموضوع ^(١) والأصل في الاستجواب أنه إجراء مشروع من إجراءات التحقيق وما ينتج عنه من دليل يصبح صحيحاً إذا لم يشب هذا الاستجواب شائبة ، فقد يتم التعسف في إجراء الاستجواب ، كالاستجواب المطول لفترات متصلة بالليل والنهار أو اختيار مواعيد غير مناسبة لإجرائه أو تعمد الاستجواب في وقت متأخر من الليل دون مقتضى أو عدم وقف الاستجواب رغم الإرهاق الواضح علي المتهم . أو الحرص علي إرهاق المتهم بإطالة الاستجواب ^(٢).

وقد خلا التشريع المصري من نص يحدد وقتاً معيناً للاستجواب ولا مدة لا يتجاوزها وهذا حال التشريع الفرنسي غير أن القانون الفرنسي قد نص في المادة ٦٤ إجراءات فرنسي ————— علي أنه ولضمان عدم إرهاق المتهم باستجواب مطول فألزم الجهات القضائية ذكر مدة الاستجواب مع ذكر فترات الراحة التي تفصل بين فترات الاستجواب والتي من الممكن أن يتناول فيها المستجوب وجبة الغذاء ^(٣).

(١) انظر في هذا المعني قول محكمة امن الدولة العليا " من المقرر قانوناً أن الاستجواب المطول يرهق المتهم ويؤثر علي إرادته ولا يوجد في التشريع المصري معيار زمني لطول الاستجواب أو مواعده كما ورد في بعض التشريعات ومنها التشريع الفنلندي وإنما العبرة إزاء عدم وجود نص في التشريع المصري هي بما يؤدي إليه الاستجواب في قوة المتهم الذهنية علي أثر إرهاقه فالاستجواب يفترض مباشرة قبل متهم توافرت لديه حرية الاختيار مما يتعين معه توفير كافة الضمانات التي تمس هذه الحرية . إنما إذا تعمد المحقق إرهاق المتهم بإطالة الاستجواب واجباراً علي الاعتراف في ظروف نفسية صعبة فإنه يخرج عن حياد الواجب الأمر الذي يمس أهليته الاجرائية في مباشرة التحقيق وتحديد أثر هذه الاطالة أمر موضوعي متروك لتقدير المحكمة " - حكم المحكمة الصادر في ١٩٨٤/٩/٣٠ - القضية رقم ٢٣٥٩ لسنة ١٩٨٢ جنايات عابدين والمقيدة برقم ١١٢ لسنة ١٩٨٢ كلي وسط أمن دولة وقد تصدق علي الحكم في ١٩٨٥/١/٦ - - - - - ومشار إليه د/ عبد الرؤوف مهدي ، مرجع سابق ، ص ٥١١ - د/ محمد السعيد عبد الفتاح ، مرجع سابق ، ص ١٨٥ .

(٢) عدلي خليل ، مرجع سابق ، ص ٩١.

(3) Stefani , levasseur, et Bouloc, Op. Cit No 420, p 377.

- ومن التشريعات التي تحدد مدة معينة للاستجواب -

أ- القانون الفنلندي فيحدد مدة الاستجواب ما بين الساعة السادسة صباحاً والتاسعة مساءً كما لا يجوز أن تزيد مدة الاستجواب عن اثني عشرة ساعة مرة واحدة .

ب- التشريع الأرجنتيني في المادة ٢٢٤ من قانون الإجراءات " أنه يجب علي القاضي إغلاق المحضر إذا استغرق الاستجواب مدة طويلة أفقدت المتهم صفاء تفكيره أو أظهرت عليه بوارد الإرهاق .

ج- رفض القضاء الانجلو أمريكي الاعتماد علي الاستجواب المطول فقد قررت المحكمة العليا في الولايات المتحدة سنة ١٩٤٠ إلي أن إخضاع المتهم الاستجواب متواصل يعادل الإكراه - - - - - فهد إبراهيم السبهان ، رسالة سابقة ، ص ١١٤ .

موقف القضاء : أخذت محكمة النقض موقفا مغايراً فقضت بأن " الدفع ببطلان الإعراف لكونه جاء بعد تحقيق مرهق ومطول استمر فترة طويلة ليلاً واستغرق ساعات طوال متصلة مما أدى إلى الإرهاق الذي أثر في صفاء ذهنه وإرادته لا يعد إكراها ما دام لم يستطل إليه بالأذى مادياً كان أم معنوياً ما لم تستخلص المحكمة من ظروف الدعوي وملابساتها تأثر إرادة المتهم واستندت في ذلك إلى أنه ليس في التشريع المصري نص يحدد مدة الاستجواب " (١).

ومن جانبنا نرى بضرورة تدخل المشرع المصري لإيجاد نص يحظر الاستجواب المطول وأن يشتمل النص على تحديد أوقات الاستجواب وتحديد مدته وأحوال انقطاعه نظراً لخطورة الاستجواب وما يترتب عليه من نتائج فالاستجواب المطول وإن كان لا يستطيل إلى جسم المتهم إلا أنه بلا شك يؤثر على القوة الذهنية للمستجوب وكذا العصبية مما يجعل إرادته غير حرة فيما يدلي به من أقوال واعترافات قد تكون غير مطابقة للحقيقة تخلصاً من ضغط الاستجواب المطول عليه.

٢٤٣. كلاب الأمن والحراسة :-

يعد الاستعانة بالكلاب البوليسية من الوسائل التي يلجأ إليها المحقق في مرحلة التحقيق . والعلة في استخدام الكلاب البوليسية تكمن في إنها تمتاز بحاسة الشم القوية بحيث يستطيع شم أي أثر للجاني كقطعة قماش من ملابسه أو منديله أو حذائه ثم تتبع الطريق الذي سلكه الجاني حتي يصل إليه المحقق . ولا يشترط ألا يكون قد مضى وقت طويل بين ارتكاب الجريمة وقص الأثر ، وإن أثبتت التجارب أن الكلب يستطيع أن يشم الأشياء بعد مضي ستة أشهر علي انفصالها عن صاحبها ما دامت في حرز من الحرير وقد ادخل نظام الكلاب البوليسية علي عمل البوليس منذ عام ١٩٣٣ تمشياً مع النظام الحديث في البحث الجنائي (٢) .

(١) نقض ١٩٨٦/٢/١٩ ، أحكام النقض طعن رقم ٥٥٨٣ لسنة ٥٥ ق - نقض ١٩٩٤/١/٢٣ ، طعن رقم ٣٠٠٦ لسنة ٦٢ ق . وفي هذا المعنى - قضت محكمة النقض " استقالة زمن التحقيق . غير مؤثر على إرادة المتهم أو اعترافه - نقض ١٩٩١/١/١٥ ، أحكام النقض ، س ٤٢ ، رقم ١٢ ، ص ٦٧ .

(٢) رابع لطفى جمعة ، استعراق الكلب البوليسي وحجيته في الإثبات في المواد الجنائية ، مجلة الأمن العام ، إبريل ، ١٩٥٩ ، ع ٥ ، ص ٦٤

وإذا وجدت آثار يظن أنها ملابس للمتهمين أو مخلفاتهم ، يجوز الاستعانة بالكلب الشرطي للتعرف علي أصحابها ، فإذا تعذر ، إرسال الكلب الشرطي إلي محل الحادث، أرسلت المضبوطات مع المتهمين إلى النيابة الكائن بدائرتها محل وجود الكلب بعد تحريزها جيداً .

ويقوم أعضاء النيابة أنفسهم بأجراء عملية الاستعراف ، ويثبت عضو النيابة في محضره حالة الشئ المضبوط ووصفه وتكون الاستعانة بالكلاب الشرطة مقصورة علي الأحوال المنتجة في حدود الإفادة من حاسة الشم^(١).

ولقد ساهمت الاستعانة بكلاب الشرطة في الإقلال من تيار الجريمة ، وهناك أمثلة عديدة في سجل القضاء عن وقائع غامضة لم يكتشف الجناه بها، وبفضل الإستعانة بالكلب الشرطي أمكن التعرف علي الجناة واكتشاف الحادث وكثيراً ما يؤدي هذا الإستعراف إلي إعتراف الجناة اعترافاً تفصيلياً - مثال ذلك الجناية رقم ١٦١٥ قسم بنى سويف سنة ١٩٦٩ حيث عثر علي إحدى السيدات في مسكنها مقتولة ومقطوعة اليدين، وما كانت ترتديه من الحلي مسروقة ، وقد استعرف الكلب الشرطي علي القاتل واعترف المتهم تفصيلياً بالحادث وقرر أنه شاهد القتيلة لأول مرة مع مالك المنزل وهي تدفع له أجرة مسكنها ، فاستهوته حليها فقتلها لسرقته وحكم عليه بالأشغال الشاقة المؤبدة^(٢).

(١) وتنص المادة ٢٣٧ من التعليمات العامة للنيابات " إذا وجدت آثار يظن أنها ملابس المتهمين أو مخلفاتهم يجوز الاستعانة علي التعرف علي أصحابها بكلب الشرطة ، فإن تعذر إرسال كلب الشرطة إلي محل الحادث أرسلت المضبوطات مع المتهمين إلي النيابة الكائن بدائرتها محل وجود الكلب بعد تحريزها جيداً علي وجهه يحفظ رائجتها ----- إلي آخر نص المادة "

(٢) مثال ذلك أيضاً الجنايات رقم ١١٨٩ منوف سنة ١٩٦٩ ، ١٨٣٠ سمالوط سنة ١٩٧٠ ، ١٠٧٧ طلخا سنة ١٩٧٠ وتتخلص وقائع الأخيرة في أنه بتاريخ ١٩٧٠/١/٦ ابلغ المواطن محمد عبد الرحمن الشهابي بوقوع حادث قتل المدعوه عليه حامد درويش ببلده كتامه مركز طلخا ، وبمعينة جثته المجنى عليها الملقاه بإحدى حجرات المنزل تبين إنها قتلت خنقا ووجد بجوارها حبل. وبسؤال زوج المجنى عليها أنكر معرفته لظروف الحادث ولم يتهم أحد بارتكابه . وبسؤال أولاد المجنى عليها ومن يقيمون بالمنزل لم يدلون بأي بيانات تفيد التحقيق مما زاد منه غموض الحادث . وقد قررت النيابة استدعاء أحد كلاب الشرطة للاشتراك في أعمال البحث ، فقام الكلب - بعد اختيار حاسة الشم لديه ونجاح التجربة بشم الحبل ، ثم اقتفى أثر الجاني وتعرف علي المتهم الذي اعترف تفصيلياً بخنقه المجنى عليها بعد إن كان منكرًا. وجاء بتقرير النيابة إن مجهود الكلب إدي إلي كشف غموض الحادث وكانت ثمرته النهائية اعتراف المتهم تفصيلياً ----- د/ سامي صادق الملا، حجية استعراف الكلاب الشرطة أمام القضاء ، المجلة الجنائية القومية ، مارس، ١٩٧٤ ، ع ١٤ ، ص ٥٤ .

حجية استعتراف الكلب الشرطي في الإثبات الجنائي . القاعدة أن إعتراف المتهم بجريمة لا يعول عليه إذا كان هذا الإعتراف - ولو كان صادقا - وليد إكراه أيا كان قدره^(١) إلا إن محكمة النقض قد أقرت مشروعية استخدام كلاب الأمن والحراسة كوسيلة من وسائل الكشف عن المجرمين، وذلك عندما قررت أنه لا مانع من الإستعانة بالكلاب البوليسية كوسيلة من وسائل الاستدلال للكشف عن المجرمين^(٢).

ويلاحظ أن اللجوء إلى الكلاب في الإستعتراف علي المتهمين قد انخفض إلي درجة الإنعدام ولعل سبب هذا الإحجام هو حرص المحقق علي المتهم وحقوقه ولما يسود لدي المحقق من عقيدة راسخة تتمثل في أن استخدام الكلاب في الإستعتراف والحصول علي الإعتراف فيه إعتداء علي حرية الاختيار لدى المتهم، مما يجعل الإعتراف ذاته مشوباً بعيب الإكراه^(٣).

ضوابط عملية الاستعتراف :-

إذا اعترف المتهم بارتكاب الجريمة إثر استعتراف الكلب البوليسي عليه فإن الأمر لا يخرج عن أحد فرضين الأول أن يكون اعترافه قد صدر طواعية واختياراً، والثاني إن يكون الاعتراف قد صدر منه نتيجة هجوم الكلب عليه.

(١) نقض ١٩٨٨/١/٧ أحكام النقض ، س٣٩ ، رقم ١٠ ، ص ١١٢ - نقض ٩١/١/١٥ ، س ٤٢ ، رقم ١٢ ، ص ٦٧ - نقض ١٩٩٨/٣/٧ ، س ٤٩ ، رقم ٥٠ ، ص ٣٥٨

(٢) نقض ١٩٣٩/١٠/٢٣ ، مجموعة القواعد القانونية ، ح ١ ، رقم ٣١ ، ص ٨٣ - نقض ١١/٢٦ ١٩٥١/ أحكام النقض ، س ٣ ، رقم ٧٨ ، ص ٢٠٩ - نقض ١٩٦٥/١٢/٣ ، س ١٦ ، رقم ١٧٣ ، ص ٨٩١ وفي هذا المعني " نقض ٩٦/٢/١١ ، س ٤٧ ، رقم ٣٢ ، ص ٢٢٢

كما قضت بأن استعتراف الكلب علي المتهم ليس بالدليل القوي الحاسم ، فهو لا يعدو أن يكون مجرد قرينه يمكن الاستناد اليها في تعزيز الأدلة الأخرى القائمة ضد المتهم في الدعوى " نقض ١٩٥١/١١/٢٦ أحكام النقض ، س ٣ ، رقم ٧٨ ، ص ٢٠٩ - نقض ١٩٥٤/٣/٢٩ ، س ٥ ، رقم ١٧٣ ، ص ٤٣٢

نقض ١٩٥٥/١٠/٣ ، س ٦ ، رقم ٣٤٧ ، س ١١٨٩ ، نقض ١٩٥٧/٣/١٨ ، س ٨ ، رقم ٢٧٤ ، ص ٩٧١ - نقض ١٩٧٧/١١/١٤ ، س ٢٨ ، رقم ١٩٦ ، ص ٩٥١

(٣) د/ محمد السعيد عبد الفتاح ، رسالة سابقة ، ص ١٨٧

(١) الاعتراف طواعية واختياراً:

إذا اعترف المتهم أثر عرضه علي الكلب البوليسي للاستعراق عليه فإن الاعتراف لا يعول عليه إلا إذا كان صادر عن المتهم طواعية واختياراً لأن الاعتراف الذي يعول عليه ينبغي أن يكون اختيارياً .

ومن باب أولي يعد اعتراف المتهم صحيحاً إذا كان قد صدر منه أثر إبلاغه باستدعائه لعرضه علي الكلب البوليسي وفي هذا قضت محكمة النقض " أن مجرد تخوف المتهم واعترافه بارتكاب الجريمة إثر استدعائه لعرضه علي الكلب الشرطي، فذلك لا يحمل معنى التهديد والإرهاب ما دام هذا الإجراء قد تم بأمر المحقق وبقصد إظهار الحقيقة " (١).

(٢) الاعتراف وليد خوف:

أما إذا اعترف المتهم عقب استعراق الكلب الشرطي ووثوبه عليه ثم تمزيق ملابسه أو عقره، فإن صدور الاعتراف في هذه الحالة يعد نتيجة لتأثير مادي علي إرادة المتهم وبالتالي فإن الاعتراف الصادر منه لا يكون حراً وصادراً عن اختيار مطلق ولا يهون من هذه النتيجة ألا يكون المحقق نفسه هو الذي أشار إلي الكلب للإعتداء علي المتهم بل ولا يحول دون ترتيب هذه النتيجة أن يكون المحقق قد بذل كل ما في وسعه دون جدوي للحيلولة دون اعتداء الكلب علي المتهم وعلة ذلك أن مناط بطلان الاعتراف الصادر بغير إرادة حرة ليس في إن المحقق هو الذي أعدم هذه الإرادة أو أضعفها ، وإنما لأن شرط الإرادة الحرة هو شرط موضوعي في الاعتراف كعمل إجرائي فإذا تخلف بطل الاعتراف (٢).

ومن جانبنا :-

نرى أن يقتصر استخدام الكلب الشرطي في الأعمال الأمنية مثل حراسة

(١) نقض ١٩٤٩/١١/٢٢، أحكام النقض، س ١ ، رقم ٣٢ ، ص ٢٨٧ --- ومن جانبنا نتفق مع الرأي القائل بأن إبلاغ المتهم بعرضه علي الكلب البوليسي يحمل بلا شك معنى التهديد - ومن ثم ينبغي علي المحكمة أن تبحث فيما إذا كان اعتراف المتهم قد صدر متأثر بهذا التهديد (إكراه معنوي) من عدمه وتقضي ببطلان الاعتراف في الحالة الأولى وبصحته في الثانية - --- د/ إبراهيم حامد طنطاوي التحقيق الجنائي ، مرجع سابق ، ص ٢١١ .

(٢) د/ سامي صادق الملا ، مقال سابق ، ص ٥٩ .

المنشآت الهامة والأماكن التي تتطلب حراستها بقظة تامة كالبنوك والمصانع والسجون حيث يكون دورها أكثر فاعلية من الحراسة العادية التي يقوم بها الأفراد. أما استخدام كلاب الشرطة للتعرف على المتهم والحصول منه على الاعتراف - فهذا أمر محل نظر - حيث أن مجرد استخدام الكلب يؤدي إلى خوف المتهم وإرهاقه عصبيا خاصة وقت قدومه وبصحبة مدربه وضباط الواقعة والمحقق الأمر الذي يجعل إرادته مشوبة بالإكراه المعنوي مما يدفعه إلى الاعتراف رغبة في التخلص من هذا الموقف العصيب وذلك دون حاجة لهجوم الكلب عليه وتمزيق ملابسه الأمر الذي يتحقق معه الإكراه المادي ومن ثم نهيب المشرع بالتدخل لمنع المحقق من اللجوء إلى هذه الوسيلة لما لها من أثر في نفس المتهم وإرادته .

٢٤٣- الوسائل العلمية الحديثة :-

تتعدد صور الوسائل العلمية الحديثة التي يمكن استخدامها في مجال التحقيق الجنائي ولكن نظرا لأن بعضها يؤثر على إرادة المتهم فيحظر على المحقق الالتجاء إليها وإلا كانت إجراءات التحقيق التي باشرها باطلة^(١).

ومن أمثله هذه الوسائل : التنويم المغناطيسي ، التحليل التخديري ، جهاز كشف الكذب

أ- التنويم المغناطيسي :-

هو حالة نوم غير طبيعي يمكن أن يقع الشخص تحت سيطرتها بواسطة طرق مختلفة ويؤدي هذا النوم إلى حجب لذات الشخص الشعورية بدرجات متفاوتة تبعا لدرجة عمق النوم المغناطيسي واختلاف قابلية الخضوع لهذا المؤثر من شخص إلى آخر فيؤدي التنويم المغناطيسي إلى أن النائم يكون خاضعا لتأثير إرادة المنوم فتأتي إجابته صدي لما يوحي له به وهو يختلف عن النوم الطبيعي بوجود درجة ضئيلة من الوعي وزيادة القابلية للإيحاء والقدرة على الاتصال بالعقل الباطن في الإنسان والتأثير في الأداء العقلي الطبيعي^(٢) ويتضح من هذا أن التنويم

(١) نصت المادة ٢١٩ من التعليمات العامة للنيابات " تعتبر تنويم المتهم مغناطيسيا واستجوابه

ضربا من ضروب الإكراه المادي يبطل اعترافه ولا يغير من ذلك رضاء المتهم به مقدماً "

(٢) د/ إبراهيم حامد الغماز ، الشهادة كدليل إثبات في المواد الجنائية ، رسالة دكتوراه " حقوق

القاهرة ، ١٩٨٠ ص ٢٦٠ - د/ إبراهيم حامد طنطاوي ، التحقيق الجنائي من الناحيتين، مرجع

سابق ، ص ٢١٤.

المنغناطيسى وسيلة لقهر الإرادة أو تعطيلها وهي نفس النتيجة التي يمكن الوصول إليها بالعنف التقليدي ، بل أنه يعد في الواقع إحدى صور الإكراه المادي لوقوعه علي جسم الخاضع شخصياً^(١) وفضلاً عن هذا التعدي النفسي فإن هناك تعدياً مادياً يلحق بالجسم ويؤثر علي سلامة جهازه العصبي والحسي مما دفع بالدساتير والتشريعات المختلفة إلي النص على تحريم استخدام تلك الوسيلة^(٢).

ب) التحليل التخديري :-

إن قصه العقاقير المؤثرة علي العقل والإرادة قصه قديمة . ولعل الكحول من أقدم أنواعها . وقد قال الرومان قديماً " In vino veritas " أي في " الخمر الحقيقة " وإلى جانب المواد الكحولية توجد المخدرات المختلفة كالحشيش والكوكاين والمسكالين وإذا كانت هذه العقاقير قد أريد بها في أحيان كثيرة أن تؤدي إلي كشف خبايا النفوس فإن التعبير اللاقت للنظر " مصل الحقيقة " Truth serum لم يسمع لأول مرة إلا في سنة ١٩٣٢ - عندما استعمل " كاليفين جودارد " عقار السكوبولامين كمهدئ في حالة وضع . حيث طلب شيئاً من الزوج فردت الزوجة وأخبرته بمكانه برغم إنها كانت تحت تأثير المخدر . ثم جاء بعد ذلك استعمال الباربيتورات في التخدير ومنها الأمتيال والإفيبان والنبوتال والمعروف أن كمية بسيطة تؤدي إلي

(١) د/ عمر الفاروق الحسني/ مرجع سابق، ص ١٤٧ - د/ محمد سامي النبراوي ، رسالة سابقة، ص ٤٨٨.

(٢) في ألمانيا صدر قانون أول أكتوبر لسنة ١٩٥٠ الذي حظر في المادة ١٣٦ منه إخضاع المتهم لأي تجربة أو محاولة تهدف للتأثير فيه من خلال ممارسة ضغط علي إرادته .

Graven (jéan) , les problemes des moyens modernes dans l'investigation des procès criminels; Rev. int .crim . pol-tec ; 1959 ; P. 293.

- المادة ٦١٣ من قانون العقوبات الإيطالي التي تحرم استخدام المواد الكحولية أو المخدرة أو أي وسائل أخرى تستخدم لهذه الغرض إذا كان الفاعل من رجال السلطة العامة .

- والمواد (٢١٨ ، ٢٥٩ ، ٢٤٧) من التشريع اليوغسلافي الذي يحرم أي تداخلات طبية بغرض الحصول علي اعترافات

- والمادة ٣٢ من الدستور البرتغالي والمادة (٢٦) من قانون الإجراءات البرتغالي، والمادة ٢٣٩ ، إجراءات جنائية ارجنتينية ---- د/ عصام زكريا عبد العزيز ، رسالة سابقة ، ص ٣٥٩

التهدة وأن كمية أكبر تحدث التخدير وتستعمل هذه المواد في التحليل النفسي (١) .

تعريفه :-

ويعرف بأنه وسيلة علمية تتمثل في حقن الشخص بعقار يؤدي إلى حجب التحكم في الأداء العقلي والإرادى بحيث يدلي الشخص ببيانات ما كان ليقررها لو لم يستعمل معه هذا المخدر (٢) .

وبالنسبة لرأى الفقة فيما يتعلق بهذا الإجراء :-

يتفق الفقهاء علي عدم مشروعية التحليل التخديري ولكنهم اختلفوا في تحديد نطاق عدم مشروعيته إذ يرى جانب منهم أنه لا يجوز الالتجاء إليه في مجال التحقيقات الجنائية فحسب وأنه يجوز استعماله في نطاق الخبرة المتعلقة بالطب العقلي (٣) .

وطبقا لهذا الاتجاه لا يجوز استعمال التحليل التخديري في الحصول علي اعتراف المتهم ولكن يجوز استخدامه في نطاق الخبرة الشرعية لمعرفة حالة المتهم العقلية وهذا ما انتهت إليه الجمعية الفرنسية للطب الشرعي في عام ١٩٤٥ لجنه سداسية (٤) إلا أن الأكاديمية الفرنسية للطب في عام ١٩٤٩ أصدرت بلاغا موقعا من عدد من رجال الطب بأن التحليل العقاري يؤدي إلي نتائج غير مؤكدة ولا يمكن قبوله في مجال الخبرة الجنائية بل وفي نطاق التشخيص الطبي لخطورة هذه الوسيلة والخشية من تسرب المعلومات الناجمة عن التشخيص إلى التحقيق (٥) .

(١) د/ أحمد محمد خليفة ، مصل الحقيقة وجهاز كشف الكذب ، المجله الجنائية القومية ، المجلد الأول مارس ١٩٨٥ ، ع ١٤ ، ص ٩٢

(٢) د/ إبراهيم حامد طنطاوى ، رسالة سابقة ، ص ٧٩٢ - محمود هشام محمود رياض ، رسالة سابقة ، ص ١٢٠

(3) Boucique , le Narco - analyse, et la jurisprudence des tribinaux Americanes, rev.sc. crim, 1960, P. 139

(4) thermitte (j) , sur la narcoanalyse en Médecine légale , Bull . Acad. Nate. Méd , 1949. P. 22

(٥) د/ محمد إبراهيم زيد ، استخدام الاساليب الفنية الحديثة في التحقيق الجنائي ، المجلة الجنائية القومية ، المجلد العاشر ١٩٦٧ ، ع ١ ، ص ٤٩٧ .

ونخلص مما سبق إلى حظر الالتجاء إلى هذه الوسيلة في مجال التحقيقات الجنائية لأنها تؤدي إلى تقييد حرية إرادة المتهم ، فتفقد السيطرة على ما يدلي به من أقوال ولا يحول هذا رضاء المستجوب مقدماً إذ تظل النتائج المترتبة على استخدامها غير مشروعة ^(١) ومما لا شك فيه أن حالة اللاوعي والتي يكون عليها المستجوب على أثر تناول هذه العقاقير تجعله خاضعاً لتأثير المحقق ويكون تحت ما يوصف بالإكراه المادي وهو أوضح صور التعذيب ^(٢) وهو ما تأباه مبادئ احترام حقوق الإنسان .

ج- جهاز كشف الكذب :-

هو جهاز آلي يعمل بالكهرباء بقصد الكشف عن خلجات النفس من ناحية رد الفعل الذي تظهره أمام بعض الكلمات التي توجه إلى شخص ويكون لها أثر في أعماقه فينفلج بها. ويظهر دلاله ذلك عن طريق مؤثرات الجهاز التي تسجل جميع التعبيرات الناتجة عن سرعة التنفس وضغط الدم ، مما يستدل معه أن الشخص الخاضع للتجربة يعاني اضطرابات داخلية ويبدل مجهوداً نفسياً بالنسبة للسؤال الموجه إليه حتي يستطيع الإجابة عليه، مما يتضح معه إذا كان يكذب أو يقول الصدق ^(٣).

يختلف موقف الفقه حول مدى مشروعية استخدام هذه الوسيلة فالبعض يري مشروعيته لأن استعمالها لا يؤثر في إرادة المتهم ^(٤) ويقولون بصحة الاعتراف الصادر عن المتهم نتيجة لاختياره لجهاز كشف الكذب على اعتبار أن هذا الاعتراف صادر عن إرادة حرة وأن هذا الجهاز لا يمثل مساساً بالسلامة الجسدية ^(٥).

(1) Collignon (tho), Les découvertes dangereuses, Rev. Dt. Pén. 1949, p.55 9.

(2) levasseur, les technique de l'individuelistion jiciqrie ,rapport synthèse au congrés international de defenec social, 1971. Rev. sc. Cri ,. 1972 , P. 327

(٣) د. محمد سامي النبراوي ، رسالة سابق ، ص ٤٩٢

(4) Susini (J) un chapitre nouveau de police scientifique le detection objective du mensonge, Rev. sc. crim 1960, P. 326

(٥) محمود هشام محمد ، رسالة سابق ، ص ١١٤ - أحمد محمد خليفة ، مقال سابق ، ص ١٠١.

في حين يري البعض الآخر أن استخدامه يؤثر في إرادة المتهم ومن ثم فهو غير مشروع لأنه يعتبر من قبيل الإكراه المادي أو المعنوي وأنه يمثل اعتداء على حق المتهم في الصمت والدفاع عن نفسه، ويرفض أصحاب هذه الرأي استخدام جهاز كشف الكذب في المجال الجنائي وخاصة إن الجهاز لا يستطيع عند قياسه لدرجة الانفعال التمييز بين أسباب الانفعال (١).

ومن جانبنا نرفض استخدام هذا الجهاز لتأثيره في إرادة المستجوب لأنه يحدث نوعاً من الضغط النفسي على إرادته بما يمثل إكراها معنوياً . وذلك أن المتهم قد يعتريه الخوف عند إخضاعه لهذا الإجراء فيؤثر ذلك في إرادته فيؤدي ذلك إلي أن ما يرصده الجهاز من نتائج لا تعبر عن حقيقة موقف المتهم (٢).

وبالنسبة للشريعة الإسلامية :

لقد كرم الله عز وجل الإنسان فخلقه في أحسن صورة وميزه بالعقل الذي هو عمدة التكليف يدل على ذلك ما يلي :-

١- قوله تعالى " ولقد كرمنا بني آدم وحملناهم في البر والبحر ورزقناهم من الطيبات وفضلناهم على كثير ممن خلقنا تفضيلاً " (٣).

٢- وقوله عز وجل " خلق السموات والأرض بالحق وصورك فأحسن صوركم وإليه المصير " (٤).

٣- وقوله سبحانه " لقد خلقنا الإنسان في أحسن تقويم " (٥).

فهذه الآيات الكريمات تدل على أن الله عز وجل كرم الإنسان أعظم تكريم ،

(١) د. عمر الفاروق ، مرجع سابق ، ص ١٤٩ - د/ نعيم عطية ، حق المتهم في الصمت ، مجلة الأمن العام يوليو ، ١٩٦٧ ، ع ٦٤ ، ص ١٦

(٢) وقد جاءت المادة ٢٢٠ من التعليمات العامة للبيانات " لا يجوز استخدام جهاز كشف الكذب للحصول على اعتراف المتهم لأن هذه الوسيلة يحوط نتائجها بعض الشك ولذلك لن يصبح لها قيمة علمية توحى بقدر كافي من الثقة في دقة ما تفسر عنه نتائج هذا الجهاز من دلالات

(٣) سورة الإسراء الآية (٧٠).

(٤) سورة التغابن الآية (٣) .

(٥) سورة التين الآية (٤).

حيث جعله أحسن المخلوقات وأبهاها صورة ، ومن حسن صورته أن خلقه منتصباً غير منكب متناسب الأعضاء كما كرمه بالعقل الذي هو عمدة التكليف وبه يعرف الله عز وجل ويفهم كلامه ، ويوصل إلي نعيمه وتصديق رسله^(١).

وتأسيساً علي هذا التكريم فقد عرفت الشريعة مبدأ المشروعية منذ أربعة عشر قرناً خلت فلم يقر الله العقاب دون أن يبصر الناس بجرمهم وفي هذا يقول تعالى " وما كنا معذبين حتى نبعث رسولا " ^(٢) ويقول كذلك سبحانه وتعالى " ما كان ربك مهلك القرى حتي يبعث في أمها رسولا يتلو عليهم آياتنا وما كنا مهلكي القرى إلا وأهلها ظالمون " ^(٣) هذا وقد أوجبت الشريعة الغراء أن تكون عقيدة القاضي واقتناعه قد بنيا علي دليل مستمد من إجراء صحيح إذ لا يجوز الاستناد إلي دليل استقى من إجراء باطل وإلا بطل معه الحكم ، تطبيقاً للقاعدة الأصولية (أن ما بنى علي باطل فهو باطل) وهي بذلك تقرر شرعية الوسيلة ، وأن الوسيلة تأخذ حكم الغاية ، ولهذا فقد تضمنت الآيات القرآنية الصريحة ما يحرم التجسس ، فيقول تعالى " ولا تجسسوا " ^(٤).

واستبعدت الشريعة الإسلامية الغراء كافة وسائل التأثير المختلفة لحمل المتهم علي الإقرار كالإكراه بالضرب أو أخذ المال أو النيل من القريب أو بالوعيد وإلي هذا ذهب جمهور الفقهاء من الشافعية وجمهور المالكية والحنفية إلا المتأخرون منهم ^(٥) ويستدلون لمذهبهم بقوله تعالى " إلا من أكره وقلبه مطمئن بالإيمان " ^(٦) .

وروى عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه قال " ليس لرجل علي نفسه

(١) د/ محمود محمد حسن، مظاهر تكريم الإنسان في القرآن، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية ، إيريل ١٩٩٩ ، ع ٢٥ ، ص ٢٤٧ .

(٢) سورة الإسراء الآية (١٥) .

(٣) سورة القصص الآية (٥٩) .

(٤) سورة الحجرات الآية (١٢) .

(٥) المبسوط ، مرجع سابق ، ج ٩ ، ص ١٨٤ .

(٦) سورة النحل الآية (١٠٦) .

بأمين إذ جوعته أو خوفته أو أوثقته " (١) وهو يقول رضي الله عنه ليس علي نفسه
بأمين بين إنتقاء الإرادة بالإكراه وفي هذا قال القاضي شريح " القيد كره والسجن
كره والوعيد كره والضرب كره " (٢).

ويقول الحنابلة لو ضرب الرجل ليقر بالزنا فأقر به لم يجب الحد ولم يثبت عليه
الزنا ، ويقول ابن قدامه " لا تعلم من أهل العلم خلافا في أن إقرار المكره لا يجب
به حد " (٣).

ومن العرض السابق لمبدأ شرعية الدليل في الشريعة الإسلامية يتضح
رفضها لكل ما هو مؤثر علي إرادة المتهم وأن الدليل المعول عليه لا بد أن يكون
ناتجا من وسيلة مشروعة تتفق وخلق الإنسان في أحسن صورة وتمييزه بالعقل.

(١) أبي محمد عبد الله بن أحمد بن قدامه ، المغني ، مطبعة المنار ، مرجع سابق ، ط ٣ ،
ص ١٧٢.

(٢) أبو السعادات مجدي الدين المبارك بن محمد ، جامع الأصول في حديث الرسول ، مكتبة
السنة المحمدية ، ١٣٦٩ هـ - ج ٤ ، ص ٣٢٦

(٣) المغني مرجع سابق ، ج ١٠ ، ص ١٧٥

المطلب الثالث الاعتراف

٢٤٤- تمهيد وتقسيم :

يعتبر الاستجواب في طور التحقيق الابتدائي وسيلة إثبات ودفاع . أما في طور المحاكمة فهو وسيلة دفاع فحسب ، ومن أجل هذا تنص المادة ١/٢٧٤ إجراءات جنائية " لا يجوز استجواب المتهم إلا إذا قبل ذلك " ولقد أردنا أن نشير إلى قاعدة حظر الاستجواب في المحاكمة لأن الاستجواب قد ينتهي باعتراف المتهم والاعتراف دليل إثبات، بل هو أقوى أدلة الإثبات من أجل هذا نصت المادة ٢/٢٧١ إجراءات جنائية " وبعد ذلك يسأل المتهم عما إذا كان معترفا بارتكاب الفعل المسند إليه، فإن اعترف جاز للمحكمة الاكتفاء باعترافه ، والحكم عليه بغير سماع شهود وإلا فتسمع شهادة شهود الإثبات ، ---" ومع هذا فليس كل إقرار أو اعتراف يؤخذ به بل لا بد أن يستوفى عناصر صحته كدليل إثبات " وعليه سنقسم هذا المطلب إلى فرعين على النحو التالي :-

الفرع الأول- تعريف الاعتراف وأهميته

الفرع الثاني - أركان الاعتراف

الفرع الأول

تعريف الاعتراف وأهميته

٢٤٥- المعنى اللغوي :

يقال " عرف فلان علي القوم يعرفهم عرافه ودبر أمرهم وقام بسياستهم ، وعرف الشيء يعرفه عرفانا، ومعرفة ادراكه بحاسة من حواسه فهو عارف وعريف وعرف فلانا الأمر : إعلامه إياه^(١) وعرف فلانا الأمر : إعلامه إياه وعرف فلان

(١) تبين المسالك لتدريب السالك إلى أقرب المسالك، مرجع سابق، ص ٧٨ - محمود هشام، رسالة سابقة، ص ٥٦.

بكذا وسمه به الإقرار هو الاعتراف بما يوجب حقا علي قائله ، سواء كان ذلك يتضمن مالا أو عقوبة كحد وقصاص .

٢٤٦- المعني الاصطلاحي :

يعرف الفقه الاعتراف^(١) بأنه " قول صادر عن المتهم أمام القضاء يقر فيه علي نفسه وبإرادة حرة وواعية بصحة ارتكابه الجريمة المنسوبة إليه كلها أو بعضها بصفة فاعلا أصليا أو شريكا فيها " .

ويعرفه الفقه الفرنسي^(٢) بأنه عبارة عن تصريحات وأقوال من جانب المتهم تتعلق بالتهمة المنسوبة إليه تعلقا جوهريا سواء أكانت اعترافات جملة في آن واحد أو متفرقة علي فترات ويتضح بذلك أن الاعتراف في جوهره تقرير أو إعلان ، وأن موضوعه هو الواقعة سبب الدعوى ونسبة هذه الواقعة إلي الشخص وأنه يتعين أن يكون من صدر الإقرار عنه هو نفسه من نسب إليه الواقعة بما يترتب عليه من قيام المسؤولية الجنائية عنها، ويعني ذلك أن المتهم هو المقر وهو نفسه الذي ينسب إليه الواقعة موضوع الإقرار^(٣) .

٢٤٧- أهمية الاعتراف :

ولقد كان الإقرار قديما سيد الأدلة فيستعمل القاضي كل سبل

(١) د/ أحمد فتحى سرور ، الوسيط فى قانون الإجراءات ، مرجع سابق ، ١٩٨١ ، ص ٤٢١ - د/ سامى صادق الملا ، رسالة سابقة ص ٧ - د/ عصام عفيفى عبد البصير ، مرجع سابق ، ص ٣٣١ - د/ محمد صبحى نجم ، مرجع سابق ، ص ٢٧٦ - ويعرفه رأى بأنه " تسليم شخص تسليماً إرادياً بارتكابه جريمة كلها أو بعضها - بعد وقوعها - بركنيها المادى والمعنوى أو بظروفها المشددة وبمسئوليته عنها . وذلك أثناء اتخاذ السلطات الاجراءات الجنائية الخاصة بهذه الجريمة " د/ مأمون محمد سلامة ، قانون الإجراءات الجنائية " معلقا عليها " ، مرجع سابق ، ص ٧٦٨ - د/ عبد الرؤوف المهدي ، مرجع سابق ، ص ١٢٨١ .

ويعرفه آخر بأنه " إقرار على النفس بارتكاب الجريمة موضوع التحقيق سواء بسلوك منفذ لها أو بسلوك على هامش تنفيذها د/ رمسيس بهنام ، مرجع سابق ، ط ١٩٨٤ ، ص ٦٩٢ .

(2) Merle et vitu, op. Cit. No 184. P. 234

jean pradel , droit pénal général , Paris . 1994, p. 394

(٣) د/ محمود نجيب حسني ، مرجع سابق ، ص ٤٧٢ - د/ محمد ذكي أبو عامر ، الإثبات في المواد الجنائية ، مرجع سابق ، ص ١٩٩

الوصول إليه ولو بتعذيب المتهم^(١) أما اليوم فهو يخضع لقاعدة اقتناع القاضي شأنه في ذلك شأن باقي الأدلة وإن كان يعتبر من أدلة الإثبات ذات التأثير القوي في القاضي وأدعاها إلي إتجاهه نحو الإدانة^(٢) ويشرح القانون الفرنسي القديم بأنه ما يترتب علي الاعتراف من نتائج في إزالة الشك والحيرة لدي القاضي ويجعله يصدر الحكم بالإدانة في طمأنينة مما أدى إلى أن أصبحت المحاكم لا تبحث عن أدلة أخرى لإدانة المشتبه فيه .

إلا إنه في ظل القانون الجديد وطبقا لنص المادة ٤٢٨ أ.ج. فرنسي المعدل بالقانون الصادر في ١٥ يونيو سنة ٢٠٠٠ أصبح الاعتراف متروكا لسلطة القاضي التقديرية شأنه شأن باقي الأدلة بحيث يجب عليه طرحه للبحث ومناقشته في كيفية الحصول عليه وأثباته^(٣) .

ولذلك جاء في توصيات المؤتمر الدولي السادس لقانون العقوبات المنعقد في روما سنة ١٩٥٣ أن الاعتراف لا يعد من الأدلة القانونية، ولكن ذلك لا يهدر من قيمته إذا أطمئن القاضي من صحته وكان مؤيدا بأدلة أخرى .

الفرع الثاني

أركان الاعتراف

أركان الاعتراف هي العناصر اللازمة لوجوده. وللإعتراف أركان أربعة هي.

(١) في ظل القانون الفرنسي القديم كان التعذيب مشروعا وسنت قواعد نظمت أحكامه وبينت كيفية مباشرة ووسائله الخاصة بعد الأخذ بنظام الأدلة القانونية إذا كان يتعين علي القاضي أن يستكمل الدليل الناقص باعتراف المتهم مهما كانت وسيلة الحصول عليه أو الآثار الناتجة عليه.

Donnedieu de vabres, Traité de droit criminel et de legislation penal comparée , paris , p. 581

(٢) د/ حسن ربيع، مرجع سابق، ص ٨٧٩ - د/ حسني جندي، شرح قانون الإجراءات، مرجع سابق، ص ١١٠٦

(٣) قديما في القانون الانجليزي عندما يقر المتهم بأنه مذنب أو مخطئ فهذا لا تحدث أية إجراءات سوى أن لجنة الحكم تصدر حكمها دون الرجوع إلي المحلفين .

Merle et vitu , Op. Cit , No 184 . p. 234

٢٤٨- أن يصدر من المتهم نفسه:

لم يعرف المشرع المتهم، وإن كان قد استعمل هذا المصطلح في العديد من مواد قانون الإجراءات الجنائية، وأن كان قد أشار إلى شروط اكتسابه هذه الصفة في مناسبات مختلفة نذكر منها

أ- من يوجد في حالة من حالات التلبس بالجريمة (المادة ٣٤)

ب- من توجد ضده دلائل كافية على اتهامه (المادة ٣٥)

ج- من تقرر النيابة العامة في مواد الجرح، المخالفات اعتباره كذلك بناء على الاستدلالات (المادة ٦٣) ولعل ما تضمنته المادة (٢١٤) أكثر من غيرها تعميماً (لأنها تنصرف إلى الجنايات والجرح والمخالفات) ومن هذا يتضح أن المشرع استعمل مصطلح متهم في مرحلتى الاستدلالات، والتحقيق الابتدائي^(١) وإذاء هذا الوضع فقد تعددت التعريفات الفقهية للمتهم وقيل بأنه " الخصم الذي يوجه إليه الاتهام بواسطة تحريك الدعوى الجنائية ضده " (٢).

ويلاحظ على هذا التعريف تضيقه من نطاق تعريف المهتم إذ لا تلاحق الشخص هذه الصفة في مرحلة جمع الاستدلالات وهوما يصطدم مع مرحلة نص المادتين ١٨ مكرر و ١٨ مكرراً (أ) والتي استخدمت كل منها لفظ المتهم .

وقد اتجه رأي آخر إلى اعتناق تعريف موسع، فعرفه بأنه كل شخص يتم توجيه الاتهام إليه من سلطات التحقيق سواء أكانت النيابة العامة أو قاضى التحقيق أو قضاء الإحالة حينما يدخل متهمين آخرين خلاف الواردين بأمر الإحالة .

وهذه القاعدة ليست مطلقة في عموميتها فقد تثبت صفة المتهم في لحظة سابقة على توجيه الاتهام من سلطات التحقيق (٣) .

ومن جانبنا نرى أن تحديد المقصود بالمتهم إنما يتوقف في الواقع على النطاق

(١) د/ عبد الفتاح مصطفى الصيفي، مرجع سابق، ص ٣٩٣

(٢) د/ أحمد فتحي مرور، شرح قانون الإجراءات، مرجع سابق، ط ٧، ص ١٣٧ - د/ عوض محمد، الاحكام العامة في قانون الإجراءات الليبي، المكتب المصري الحديث للنشر، ١٩٦٨، ص ١٤٥

(٣) د/ مأمون محمد سلامه، الإجراءات الجنائية في التشريع المصري، مرجع سابق، ط ١٩٨٨، ص ٢٣٧ - د/ سامي صادق الملا، رسالة سابقة، ص ٣٢

الذي يجرى فيه هذا التحديد وفي نطاقنا هذا يعد الشخص متهما " كل شخص تثار ضده شبهات حول مساهمته في ارتكاب الجريمة موضع الدعوى الجنائية، يستوى أن يكون فاعلاً أم شريكاً " (١).

٢٤٩- الشروط المتطلبية في المتهم :-

(أ) أن يكون شخصاً طبيعياً حياً :

ويتعين أن يكون المتهم إنساناً طبيعياً متمتعاً بالحياة فيما عدا مسئولية الأشخاص المعنوية جنائياً (٢) وهذا شرط ضروري لإمكان تحقيق موضوع الدعوى الجنائية وهو توقيع العقوبة أو التدبير الاحترازي .

وينبغي على ما سبق إنقضاء الدعوى الجنائية بوفاء المتهم وذلك لأن القاعدة العامة أن العقوبة شخصية بطبيعتها فلا يجوز توقيعها إلا على الجاني وبما أنه قد مات فإن الدعوى بذلك تكون قد انقضت بوفاته (٣) .

ب- أن يكون المتهم معيناً :

ويلزم أن يكون المتهم معيناً تعييناً نافياً للجهالة كأن يكون معيناً بذاته أو بصفاته وإذا كان الفقه مستقر على أنه لا يشترط في مرحلة التحقيق الابتدائي تعيين المتهم (٤) .

(١) وفي هذا قضت محكمة النقض في تعريف المتهم بأنه " كل من وجهت إليه تهمة من أية جهة كانت ولو كان هذا التوجيه حاصلًا من قيام رجال الضبطية القضائية بمهمة جمع الاستدلالات --- مادامت قد حامت حوله شبهة أن له ضلعًا في ارتكاب الجريمة التي يقوم أولئك الرجال بجمع الاستدلالات عنها.

نقض ١٩٣٤/٦/١١ مجموعة على القواعد القانونية ، ح-٣ ، رقم ٢٦٤ ، ص ٣٤٦ - نقض ١٩٦٦/١١/٢٨ ، أحكام النقض ، س ١٧ ، رقم ٢١٩ ، ص ١١٦١

(٢) والفقه مختلف بشأن المسئولية الجنائية للشخص الاعتباري ما بين مؤيد ومعارض أما القضاء فقد رفض كقاعدة عاملة مسألة الشخص المعنوي جنائياً، مما يترتب عليه أن مباشرة الإجراءات الجنائية إنما تكون في مواجهه من اسند إليه ارتكاب الجريمة لا في مواجهه ممثل الشخص المعنوي بصفته ----- د/ عدلى عبد الباقي ، شرح قانون الإجراءات الجنائية ، المطبعة العالمية ١٩٥١ ، ص ١٦٦

(٣) فهد إبراهيم السبهان ، رسالة سابقة ، ص ٤٠

(4) le poitevin (G) code annotés, code d'instruction criminelle librairie de la société du secueil général des lois et des arrêts, 1911 - 1915 , t . 1, art. 1 , No . 328 , p. 34.

وإنما يجوز مباشرة إجراءات التحقيق ولو لم يكن المتهم معروفاً وذلك بقصد الوصول إلى شخصيته إلا أنه لا يجوز رفع الدعوى الجنائية على متهم مجهول لأن الهدف من رفعها المتمثل في إدانته على أثر اعترافه مستحيلاً حال كونه مجهولاً .

(ج) مواجهته بالتهمة المنسوبة إليه:

يشترط فيمن يوجه إليه الإتهام أمام المحكمة أن يكون قد تم مواجهته بالتهمة المنسوبة إليه وتم إفهامه من قبل سلطة التحقيق بالجريمة المنسوبة إليه^(١).

فلا يجوز التحقيق مع المتهم على أنه شاهد ورفع الدعوى عليه على أنه متهم دون إفهامه ذلك في محضر التحقيق .

ولذلك يراعى فيمن ترفع عليه الدعوى أن يكون متهما بارتكابه جريمة سواء بصفته فاعلاً أصلياً أم شريكاً. فأمور الضبط القضائي أو جهة التحقيق حال توجيه التهمة إلى المتهم أن تتوافر لديها شبهة ارتكاب المتهم للجريمة وهذه الشبهة أساسها توافر الدلائل الكافية^(٢).

(د) أن تتوافر لديه الأهلية الإجرائية :

يقصد بالأهلية الإجرائية صلاحية الفرد العادي لاعتباره شخصاً إجرائياً أي لتحويله مباشرة نوع معين من أعمال إجرائية أو اعتباره خصماً في الدعوى الجنائية^(٣).

ولذلك يشترط فيمن توجه إليه النيابة الاتهام أمام المحكمة ألا يكون مصلياً بعامة عقلية وعلى ذلك يجوز توجيه هذا الإتهام ابتداءً حتى تثبت النيابة من أن المتهم غير مصاب بمثل هذا فإذا ما تأكد لها أنه مصاب فإنه لا يجوز أن

(١) تنص المادة ١٢٣ إجراءات جنائية " عند حضور المتهم لأول مرة في التحقيق ، يجب على المحقق أن يتثبت من شخصية ، ثم يحيطه علماً بالتهمة المنسوبة إليه ويثبت أقواله في المحضر -----"

(٢) د/ إبراهيم حامد طنطاوي ، الصلح الجنائي ، مرجع سابق ، ص ٨٥.

(٣) د/ أحمد فتحي سرور القانون الجنائي الدستوري ، دار الشرق ، ٢٠٠١ ص ٢٩٩ .

ترفع النيابة الدعوى إلى المحكمة ويجب عليها أن تصدر أمراً بأن لا وجه لإقامة الدعوى^(١).

وعليه يتعين أن تتوافر في المتهم أهلية إجرائية حتي يمكن اتخاذ الإجراءات الجنائية ضده وعلى ذلك أن الإجراءات تفترض مشاركة المتهم فيها واستطاعته إبداء دفاعه كاملاً وهذا لا يتاح للمتهم إلا إذا توافر له قدر أدنى من الإمكانات الذهنية وإذا كان الجنون أو عاهة العقل القائمة بعد وقوع الجريمة تحول دون القول بتوافر الأهلية الإجرائية في المتهم فإنه يتعين أن توقف كافة الإجراءات يستوي في هذا أن تكون من قبيل إجراءات الإتهام أو التحقيق أو الإحالة أو المحاكمة^(٢).

٢٥٠. أن يكون موضوع الاعتراف واقعة ذات أهمية :

يتعين أن يكون موضوع الاعتراف واقعة ذات أهمية فذلك أصل عام في جميع وسائل الإثبات أما ما يصدر عن المتهم في شأن نسبة وصف قانوني معين إلى الواقعة التي صدرت عنه فهو ليس اعترافاً وإنما هو محض "رأي" في الدعوى وليس له قوة إثبات^(٣) ويتعين أن تكون الواقعة موضوع الاعتراف ذات أهمية في الدعوى وهي تكون كذلك إذا كانت تتصل بارتكاب الجريمة ونسبتها إلى المتهم ويتعين أن يكون من شأن الواقعة موضوع الاعتراف تقرير مسؤولية المتهم أو تشديدها أما ما يقرره المتهم بواقعة أو أكثر

(١) تنص المادة ١٣٢١ من التعليمات العامة للنيابات " إذا ثبت أن المتهم بجناية أو جنحة عقوبتها الحبس مصاب بمرض عقلي يجعله غير مسئول عن ارتكاب الجريمة المنسوبة إليه طبقاً للحكم المبين بالمادة السابقة ، فيجب على النيابة عند إصدار الأمر بأن لا وجه لإقامة الدعوى الجنائية أو بالحفظ أن تأمر بإيداع المتهم دار الاستشفاء للصحة العقلية والنفسية ---"

(٢) تنص المادة ٣٣٩ / ١ من قانون الإجراءات الجنائية على أنه إذا ثبت أن المتهم غير قادر على الدفاع عن نفسه بسبب عاهة في عقله طرأت بعد وقوع الجريمة يوقف رفع الدعوى عليه أو محاكمة حتي يعود إلى رشده --- د/ محمد عيد الغريب ، شرح قانون الإجراءات الجنائية ، مرجع سابق ، ط ٢ ، ص ٩٥

(٣) د/ محمود نجيب حسني ، مرجع سابق ص ٤٧٣ - د/ حسني الجندي ، شرح قانون الإجراءات الجنائية ، مرجع سابق ، ص ١١٠٨

لها تعلقها بالدعوى وإن كانت غير ذات أهمية كإقراره بالضغينة بينه وبين المجنى عليه، أو بوجوده في محل الحادث قبل وقوعه أو بعده ^(١) فهذا لا يعد إقراراً ولا يعد كذلك تعهد المتهم بتعويض المجنى عليه أو قيامه بدفع تعويض له فعلاً لأن ذلك يكون فيه معني وقاية نفسه مغبة اتخذ الإجراءات الجنائية ضده. وقضى بأنه لا يصلح إقراراً قول المتهم عند مواجهته بالإتهام الموجه ضده " هذا حظي " فقد يكون تعبيراً من المتهم عن سوء حظه في التحقيق أو الإتهام أو المحاكمة ^(٢) فالإقرار يجب أن ينصب على الواقعة الإجرامية ذاتها كما يتعين أن يرد على الركن المعنوي المصاحب لها فلا يعد اعترافاً تسليم المتهم بواقعة ضبط سلاح بدون ترخيص في حيازته أو ضبط مخدر في حيازته إذا كان يتمسك أن أحداً قد دس له هذا السلاح أو المخدر ^(٣).

(١) نقض ١٩٥٢/٦/١٠، احكام النقض ، س ٣ ، رقم ٤٠٣ ، ص ١٠٧٦ - نقض ٥٩/١٠/١٢
احكام النقض ، س ١٠ ، رقم ١٦٧ ، ص ٧٨٦ - نقض ٧٢/١١/٥ ، س ٢٢ ، رقم ٢٣٥ ، ص ١١٢١

(٢) د/ عبد الرؤوف مهدي ، مرجع سابق ، ص ١٢٨٧ - د/ سامي صادق الملا ، رسالة سابقة ، ص ١٩٦

(٣) نقض ١٩٦٠/٥/١٠ احكام النقض ، س ١١ ، رقم ٨٥ ، ص ٤٤١ - كما قضى " بأن إقرار الطاعن بتحرير أدنى الصرف المزورين مع اتصاله من التوقيع عليهما لا يعد اعترافاً بجريمة التزوير التي دين بها "

نقض ١٩٦٤/٤/١٣ ، احكام النقض ، س ١٥ ، رقم ٥٧ ، ص ٢٨٩ كما قضت بأنه لما كان يتبين من الوقائع ومؤدي اعتراف الطاعن كما أوردت المحكمة أنه يتعامل في النقد الأجنبي وأنه لم يتفق مع المرشد على إجراء المقاصة إلا على سبيل المزاح حتى يحمله على شراء النقد الأجنبي الذي بحوزته وكانت المحكمة بعد أن أوردت مؤدي اعترافه على هذا النحو انتهت في الدليل على الاعتراف وحده وأخذت به جملة وتفصيلاً دون أن تبين سبب أطراحها لما قرره من أن هذا الاعتراف غير صادق أو تفصح عما أطمأنت إليه وما لم تطمئن إليه منه ودون أن تقيم الدليل من واقع هذا الاعتراف كما أوردته على الحقيقة التي استنتجتها منه حتى تستطيع محكمة النقض أن تراقب هذا الاستنتاج وصحته ومن ثم فإن الحكم يكون مشوباً بعيب القصور الذي يتسع له وجه الطعن ١٩٦٨/١٠/٢١ احكام النقض ، س ١٩ ، رقم ١٦٩ ، ص ٨٥٣.

المطلب الرابع شروط صحة الاعتراف

٢٥١- تقسيم:

للاعتراف الجنائي شروط يجب أن تتوافر حتى يعتد به كدليل من أدلة الإثبات في الدعوى الجنائية وهذه الشروط تتمثل في صدور الاعتراف من المتهم وأن يكون هذا المتهم متمتعاً بحرية الاختيار وأن يكون اعترافه صريحاً ومطابقاً للحقيقة - وهي ذاتها الشروط المتطلبه في الشريعة الإسلامية لصحة الإقرار علي نحو ما سيتبين .

وسنتناول شروط صحة الاعتراف وموقف الشريعة الإسلامية في ثلاثة أفرع :-

الفرع الأول - أن يصدر الاعتراف من المتهم

الفرع الثاني - تمتع المتهم بحرية الاختيار

الفرع الثالث - أن يكون الاعتراف صريحاً ومطابقاً للحقيقة

الفرع الأول

أن يصدر الاعتراف من المتهم

٢٥٢- إقرار المتهم بنفسه بالجريمة:

يشترط أن يكون الاعتراف بارتكاب الجريمة صادراً من المتهم علي نفسه بأنه هو الذي ارتكب الجريمة وقد سبق وأن تعرضنا لمفهوم المتهم فنحيل إلى ما سبق.

٢٥٣- موقف الشريعة الإسلامية:

سبق وأن بينا أن الإقرار هو الاعتراف بما يوجب حقا علي قائله سواء كان ذلك يتضمن مالا أو عقوبة كحد وقصاص ويؤخذ المكلف غير المحجور بإقراره في الصحة مطلقا لمن كان أهلا للإقرار ، هذا إذا أقر طائعا ، غير مكره ولم يكذبه

المقرر له ^(١) وعليه يتبين أنه يشترط في المقر العقل فلا يصح إقرار المجنون والبصبي الذي لا يعقل أما البلوغ فليس بشرط فيصح إقرار الصبي العاقل بالدين والعين لأن ذلك من ضرورات التجارة إلا أنه لا يصح إقرار المحجور عليه لأنه من التصرفات الضارة المحضة من حيث الظاهر والقبول من المأنون للتجارة وأما الحرية فليست بشرط لصحة الإقرار فيصح إقرار العبد المأنون بالدين والعين وكذا بالحدود والقصاص ^(٢) . أما في مجال الحدود فتلغي الشريعة الإسلامية إقرار الصبي فإذا أقر الصغير لا يقبل إقراره ولا يلزمه شيء من هذا الإقرار لعدم تكليفه ورفع القلم عنه ولأن سبب وجوب الحد هو الجنابة وفعل الصبي لا يوصف بكونه جنابة فأقراره كعدمه ^(٣)

إقرار المريض : إذا أقر الرجل في مرض موته بديون وعليه ديون في صحته فدين الصحة مقدم على دين المرض ، وقال الشافعي دين المرض ودين الصحة يستويان لاستواء سببهما وهو الإقرار الصادر عن عقل - ويذهب آخر - أن الإقرار لا يعتبر دليلاً إذا كان فيه إبطال حق الغير وفي إقرار المريض ذلك لأن حق غرماء الصحة تعلق بهذا المال إستيفاء ولهذا منع من التبرع والمحاباة إلا بقدر الثلث ^(٤).

إقرار المجنون والسكوان : لا تعتد الشريعة الإسلامية بإقرار المجنون

لأنها ترى أنه زائل العقل مرفوع عنه التكليف ومن ثم فلا يؤخذ بإقراره ^(٥) مصداقاً لحديث رسول الله - صلى الله عليه وسلم - عندما جاءه ماعز يعترف بالزنا ويكرر اعترافه فسأل صلى الله عليه وسلم هل به جنون أو هو شارب خمر وأمر من يشم رائحته وجعل يستفسره عن الزنا فقال له " لعلك قبلت أو غمزت؟ " وفي رواية أخرى " هل ضاجعتها " قال نعم قال " فهل باشرتها؟ " قال نعم قال " هل جامعتها؟ " قال نعم ، قال كما يغيب المروء في المكحلة والرشاء في البئر قال نعم قال تكري

(١) تبين المسالك ، مرجع سابق ، ص ٧٨.

(٢) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع مرجع سابق ، ح ٧ ، ص ٢٢٢ - البناية في شرح الهداية - مرجع سابق ، ح ٨ ، ص ٥٣٧.

(٣) مغنى المحتاج ، مرجع سابق ، ح ٣ ، ص ٢٦٨.

(٤) البناية في شرح الهداية ، مرجع سابق ، ص ٥٧٨ - تحفة الفقهاء ، مرجع سابق ، ح ٣ ، ص ٢٠٢ - المحلى ، مرجع سابق ، دار الأفاق العربية ، ح ٨ ، ص ٢٥٥ .

(٥) الشرح الكبير ، مرجع سابق ، ح ٥ ، ص ٤٣٢.

ما الزنا ؟ قال نعم أتيت منها حراما ما يأتي الرجل من أمراته حلالا - قال ما تريد بهذا القول ؟ قال تطهرني فأمر به فرجم فدل ذلك علي استبعاد الإقرار في وجود السكر والجنون سؤال رسول الله صلى الله عليه وسلم هل به جنون أو هو شارب خمر وأمر من يشم رائحته (١).

أما إقرار السكران : فذهب أبو حنيفة إلي أن المقر الذي أقر وهو سكران يجب التفرقة بين ما إذا تناول هذا المسكر غير محظور أي خطأ أو لضرورة وبين ما إذا تناوله وهو محظور أي في غير حالات الضرورة والخطأ.

ففي الحالة الأولى لا يؤخذ بإقراره إلا إذا أعاده بعد زوال عارض السكر . وفي الحالة الثانية يؤخذ بإقراره كنوع من الزجر له لأنه ارتكب معصية وهو عالم بها وإن كان يفرق بين الإقرار في حد من حدود الله وبين الإقرار في حد من حدود العباد ففي الحد الأول لا يؤخذ بإقراره وفي الحد الثاني يؤخذ بإقراره .

أما الشافعي فقد ذهب إلى نفس الرأي دون التفرقة بين أنواع الحدود فقال بالأخذ بالإقرار في حالة السكر عن علم تغليظاً وزجراً (٢).

الفرع الثاني

تمتع المتهم بحرية الاختيار

٢٥٤- ماهيته حرية الاختيار:

الاعتراف سلوك إنساني ، والقاعدة أنه لا يعتبر سلوكاً إلا ما كان يجد مصدراً في الإرادة . ويتعين لكي يكون الاعتراف صحيحاً ومنتجاً لآثاره - أن

(١) اسنى المطالب، مرجع سابق ، ج٤ ، ص ١٣١ - سبل السلام شرح بلوغ المرام ، مرجع سابق ، ج٤ ، ص ١٣

(٢) بيان ما يسقط الحد بعد وجوبه فالمسقط له أنواع منها الرجوع عن الإقرار والشرب والسكر لأنه يحتمل أن يكون صادقا في الرجوع وهو الإنكار ويحتمل أن يكون كاذبا فيه فإذا كان صادقا في الإنكار يكون كاذبا في الإقرار وأن كان كاذبا في الإنكار يكون صادقا في الإقرار فيورث شبهة في ظهور الحد والحدود لا تستوى مع الشبهات ---- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، مرجع سابق ، ج٧ ، ص ٦١ - حاشية الشهاب الرملی ، مرجع سابق ، ج٣ ، ص ٢٨٣.

يصدر عن شخص حر ومتمتع بحرية الاختيار أى أن يكون ثمرة بواعث ذاتية للمتهم^(١) وهذا هو ما يستفاد من الفقرة الثانية من المادة ٤٢ من الدستور المصري والتي تنص علي أن " ——— وكل قول يثبت أنه صدر من مواطن تحت وطأه شئ مما تقدم أو التهديد بشيء منه يهدر ولا يعول عليه " كما قرر المشرع في المادة (٣٠٢) من قانون الإجراءات الجنائية هذا الشرط بقوله " ——— وكل قول يثبت أنه صدر من أحد المتهمين أو الشهود تحت وطأة الإذلال أو التهديد به يهدر ولا يعول عليه " وهو ما جري عليه قضاء النقض " أن الاعتراف الذي يعول عليه كدليل إثبات في الدعوى يجب أن يكون اختياريًا صادرًا عن إرادة حرة ——— (٢) وتتفق الحرية عن الاعتراف - ولا يصح التعويل عليه ولو كان صادقًا في الأحوال الآتية.

I- إذا كان وليد إكراه مادي كالتعذيب أو العنف أو الأذى واستعمال الوسائل العلمية الحديثة كعقاقير الحقيقة وجهاز كشف الكذب ——— الخ (٣).

II- إذا صدر عن المتهم تحت تأثير الإكراه المعنوي كالتهديد بشر، وتحليفه اليمين أو الخوف الناتج عن إجراء غير مشروع أو التشهير به (٤).

(١) د/ محمود نجيب حسني ، مرجع سابق، ص ٤٧٦ - د/ الرعوف مهدي ، مرجع سابق ، ص ١٢٩٥ - د/ حسني الجندي ، أحكام الدفع ببطلان الاعتراف في ضوء محكمة النقض ، دلو النهضة العربية ، ط ١ ، ١٩٩٠ ، ص ٢٥ - د/ حسني الجندي ، شرح قانون الإجراءات الجنائية ، مرجع سابق ، ص ١١١٣ .

(٢) د/ خالد محمد القاضي، من روائع الأدب القضائي ، الهيئة المصرية العامة للكتاب، ٢٠٠٢ ، ص ١٦٤

نقض ١٩٨٠/٦/١٦ ، أحكام النقض ، س ٣١ ، رقم ١٥٤ ، ص ٨٠٠ - نقض ١٩٨٣/٦/٢ ، س ٣٤ ، رقم ١٤٦ ، ص ٧٣٠

(٣) وتطبيقًا لهذا قضت محكمة النقض " الاعتراف الذي يعول عليه كدليل إثبات في الدعوى يجب أن يكون اختياريًا صادرًا عن إرادة حرة فلا يصح التعويل على الاعتراف - ولو كان صادقًا - متى كان وليد إكراه كائنًا ما كان قدره " ١٩٨٠/٦/١٦ ، أحكام النقض ، س ٣١ ، رقم ١٥٤ ، ص ٨٠٠ - ١٩٨١/١١/١ ، س ٣٢ ، رقم ١٣٧ ، ص ٧٩٥ ١٩٨٣/٢/٢٣ ، س ٣٤ ، رقم ٥٣ ، ص ٢٧٤

(٤) د/ رعوف عبيد، مبادئ الإجراءات الجنائية ، ط ١٣ ، مرجع سابق ، ص ٥٩٠ - د/ حسن ربيع ، مرجع سابق، ص ٧٨٠ - د/ جلال ثروت ، نظم الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص ٥١٧ - د/ مدحت رمضان، مرجع سابق ، ص ٣٠٠ وتطبيقًا لهذا قضت محكمة النقض بأن " التهديد والخوف يعيبان حرية الاعتراف ".

١٩٧٠/٦/٢٢ ، أحكام النقض، س ٢١ ، رقم ٢١٤ ، ص ٩٠٥ - نقض ٧٩/٣/١٥ ، س ٣٠ ، رقم ٧١ ، ص ٣٤٦ ١٩٨٣/٦/٢ ، س ٣٤ ، رقم ١٤٦ ، ص ٧٣٠ - نقض ١٩٨٦/١/٢٢ ، س ٣٧ ، رقم ٢٥ ، ص ١١٤ .

ج- إذا صدر تحت تأثير التدليس والخداع - مثال ذلك إيهام المتهم بوجود أدله معينة^(١).

هـ- الوعد والاستيعاد والإغراء يعد قرين الإكراه والتهديد متى كان تأثيره على حرية المتهم في الاختيار بين الإنكار والإقرار، يؤدي إلى حمله على الاعتقاد بأنه قد يجنى من وراء الإقرار فائدة^(٢).

وبالبناء على ذلك فإن الاعتراف - كمصدر للحقيقة - الناتج عن أي من البنود السابقة يكون باطلاً بطلاناً مطلقاً بحيث لا يجوز التنازل عنه، كما لا يسوغ افتراض صحته ولو رضى من يؤثر عليه أو هدد به بذلك ويتعين على المحكمة متى استشعرت عدم نزاهة الدليل أن تقضى ببطلانه من تلقاء نفسها^(٣).

(١) د/ سامي الملا، رسالة سابقة، ص ٢٠٣

وتطبيقاً لهذا قضت محكمة النقض "إذا كان الحكم - مع تسليمه بأن ضابط الشرطة المتهم بالقبض على ذوبة و أقارية، وبأن اعتراف المتهم لم يصدر إلا بعد هذا التهديد - قد اعتمد في ادانته على هذا الاعتراف وحده، ولم يورد دليلاً من شأنه أن يؤدي إذا ما ذهب إليه من اعتبار هذا الاعتراف صحيحاً سوى ما قاله من أن المتهم ليس ممن يتأثرون بالتهديد لأنه من المشبوهين فإنه يكون قاصراً -----"

نقض ١٩٤٣/٣/٢٢، مجموعة القواعد القانونية، ج ٣، رقم ١٣٧، ص ٢٠٣ في حين أن الاعتراف يعد اختياريًا وتلقائيًا إذا صدر بعد التهديد أو الوعد غير متأثر به فإذا وعد أحد أرباب السلطة المتهمة بالحصول له على عفو من رئيس الدولة ثم نفى هذا الوعد مسئول آخر من رباب السلطة بحيث عرف المتهم أنه ليس هناك عفو وأدلى بعد ذلك اعترافاً فإن هذا الاعتراف يكون مقبول --- د/ محي الدين عوض مرجع سابق، ص ٦٢٢.

(٢) يقصد بالوعيد في مجال الاعتراف، الضغط الموجه لارادة شخص متهم بتوجيهها إلى سلوك معين وهو الاعتراف بإرتكاب الجريمة وقد ينصب هذا الضغط على شخص المتهم أو ماله. والعبرة في التهديد الذي يعتد به هو فيما ينتج عن هذا التهديد من تخويف المتهم فيقوم بتنفيذ ما يطلب منه مقابل دفع التهديد.

Faustin Hélie , traité de l'instruction criminelle , 2ème éd , paris 1866, p. 178.

عدي خليل، اعتراف المتهم، ص ٦٨

(٣) د/ أحمد فتحي سرور، الوجيز، مرجع سابق، ص ٤٤٥، د/ عمر الفاروق، مرجع سابق، ص ٢٨٣ - د/ حاتم بكار، رسالة سابقة، ص ٥٨.

٢٥٥. أثر القبض والتفتيش علي الاعتراف :-

كثيراً ما يختلط الأمر بصدد الاعتراف الذي يعقب تفتيشاً باطلاً بحيث يتعين معرفة ما إذا كان الإقرار مستقلاً عن التفتيش الباطل أم غير مستقل عنه.

ولقد وضعت محكمة النقض المصرية عدداً من الضوابط تعين علي بيان كون الاعتراف مستقلاً عن التفتيش أو القبض الباطلين وتتمثل هذه الضوابط فيما يلي :-

أولاً :- أن يجئ الإقرار بارتكاب الجريمة أمام جهة أخرى غير تلك التي باشرت التفتيش الباطل ، كأن يعترف المتهم أمام النيابة أو المحكمة ^(١).

ثانياً: أن يجئ اعتراف المتهم بعد مباشرة التفتيش الباطل بفترة من الوقت بحيث يمكن القول بأن هذا الاعتراف صدر مستقلاً عن التفتيش الباطل غير متأثر به وأن المتهم حين اعترف أراد أن يعترف ^(٢) وعموماً فإن تقدير مدى صلة الإقرار بالتفتيش الباطل من شأن محكمة الموضوع تقديره حسبما يتكشف من ظروف الدعوى وملابساتها ^(٣) فلا يكفي أن يوجد تفتيش باطل حتى يكون الاعتراف باطلاً بل ينبغي أن يكون اعتراف المتهم متأثراً بالتفتيش الباطل حتي يمكن القول ببطلانه ، إعمالاً لقاعدة أن ما بني علي باطل فهو باطل.

ولاشك أن القبض أو الحبس يمثلان وجهاً من وجوه الإكراه المادي الواقع علي المتهم لأن فيه تعطيلاً لحرية جسمه في حركته فينطويان علي حرمان المتهم من حقه في الحرية ولذلك، فإنه إذا قبض علي المتهم أو حبس بدون وجه حق

(٤) نقض ١٩٦٢/٢/٢٦ ، أحكام النقض ، س ١٣ ، رقم ١٨٧ ، ص ٧٦٧ - نقض ٧٣/١٢/١٦ ، س ٢٤ رقم ٢٥٠ ، ص ١٢٣٣ - نقض ١٩٨٢/٤/٢٠ ، س ٣٣ ، رقم ١٠٤ ، ص ٥١٣ - نقض ١/٤/١٩٨٣ ، س ٣٤ ، رقم ٤ ، ص ٣٦

(١) نقض ١٩٥٧/٤/٢٩ ، أحكام النقض ، س ٨ ، رقم ١٢٠ ، ص ٤٣٨ - نقض ١٩٥٨/٥/٥ ، س ٩ ، رقم ١٢٣ ، ص ٤٥٠ - نقض ١٩٦٢/١٠/٢٢ ، س ١٣ رقم ١٦٤ ، ص ٦٦٠ - نقض ٥/٢٣/١٩٦٦ ، س ١٧ ، رقم ١١٩ ، ص ٦٥٨

(٢) نقض ١٩٥٣/٣/١٧ ، أحكام النقض ، س ٤ ، رقم ٢٣٢ ، ص ٦٣٨ - نقض ١٩٥٥/١٠/١٠ ، س ٦ ، رقم ٣٥٣ ، ص ١٢١٠ - نقض ١٩٧٥/٥/٦ ، س ٨ ، رقم ١٢٣ ، ص ٤٦٦ - نقض ٣٣/١/٩١ ، س ٤٢ ، رقم ٢١ ، ص ١٧٥ - ٩٣/٧/١٢ ، س ٤٤ ، رقم ١٠٥ ، ص ٦٦٧ .

فاعترف أثناء هذا القبض أو الحبس الباطل فإن هذا الإقرار يشوبه البطلان حتماً^(١).

أما إذا كان وجود المتهم في السجن تنفيذاً لأمر قبض فالأمر يختلف إذ قد يكون وجود المتهم في السجن فعلاً هو الباعث أو المحرك له على الإقرار خاصة إذا كان رجال الشرطة قد اتصلوا به أثناء حبسه بالمخالفة للمادة ٧٧ من القانون رقم ٣٧٦ لسنة ١٩٥٦ في شأن تنظيم السجون والتي جرى نصها بأن " لا يسمح لأحد رجال الشرطة بالاتصال بالمحبوس احتياطياً داخل السجن إلا بإذن كتابي من النيابة العامة " ولا شك أن الغرض من هذا الحظر هو سد ذريعة التأثير على المتهمين ومنع مظنة إكراههم على الإقرار وهم في قبضة السلطة العامة^(٢) ولا يشترط في الإكراه الذي يكون سبباً في الإقرار أن يكون واقعاً من المحقق أو بعلمه بقصد الحصول على الإقرار . فالإكراه يفسد الإقرار أياً كان الشخص الذي أوقعه ولو لم يكن القصد منه الحصول على الاعتراف إذ العبرة دائماً بحدوث تأثير على إرادة المتهم من وقوع هذا الإكراه عليه بصرف النظر عن المقاصد^(٣).

(١) وتطبيقاً لهذا قضيت محكمة النقض أن بطلان القبض يترتب عليه عدم التعويل في الإدانة على الدليل المترتب عليه أو المستمد منه نقض ١٩٧٣/٤/٩ ، أحكام النقض ، س ٢٤ ، رقم ١٠٥ ، ص ٥٠٦

إما إذا كان القبض أو الحبس قد اتخذ بناءً على أمر قانوني من الجهة التي تملكه واعترف المتهم أثناءه فالأصل فيه أن يكون الاعتراف صحيحاً. فإذا كان اعترف المتهم قد وقع أثناء وجود المتهم في السجن تنفيذاً لحكم قضائي صادر ضده. فاعترافه صحيح وتطبيقاً لهذا قضت محكمة النقض بأنه من المقرر " أن الاعتراف الذي يعول عليه يجب أن يكون اختيارياً ويعتبر الاعتراف غير اختياري وبالتالي غير مقبول إذا حصل تحت تأثير التهديد أو الخوف، وإنما يجب أن يكون التهديد أو الخوف وليد أمر غير مشروع فلا يكفي التزوع بوجود المقر في السجن تنفيذاً لحكم صدر ضده حتى يتحلل من إقراره متى كان حبسه قد وقع صحيحاً وفقاً للقانون"

نقض ١٩٦٢/١٠/١٦ ، أحكام النقض ، س ١٣ ، رقم ١٥٨ ، ص ٦٣٧

(٢) نقض ١٩٧٥/٦/٢٢ ، أحكام النقض ، س ٢١ ، رقم ٢١٤ ، ص ٩٠٥

(٣) وتطبيقاً لهذا قضت محكمة النقض " أن حسن نية المحقق وتجرده عن قصد حمل الطاعن على الاعتراف لا يعنى في هذا المقام شيء - نقض ١٩٤٩/١٢/٢٦ ، منشور بمجلة المحاماه السنة

الثلاثون العددان الخامس والسادس ، ص ٧١٤ ، رقم ٣٤٨ - نقض ١٩٤٩/١٢/٢٢ ، منشور بمجلة المحاماه السنة الثلاثون العددان الثالث والرابع ، رقم ٢٥٤ ، ص ٤٦٤

..... ومشار إليه د/ عبد الرعوف مهدي ، مرجع سابق ، ص ١٢٩٨ .

٢٥٦- أثر حضور رجال الشرطة أثناء التحقيق :

قد يحدث أن يدلي المتهم باعترافه بارتكاب الجريمة في محضر تحقيق النيابة العامة ثم يعود فيعدل عن هذا الاعتراف ويتمسك ببطلان ما أدلى به من اعتراف لأنه صدر منه تحت تأثير الإكراه المعنوي ذلك أن ضباط الشرطة كانوا حاضرين أثناء سؤاله في تحقيق النيابة الأمر الذي أحدث في نفسه الرهبة والخوف فلم يكن اعترافه بناءً على إرادة حرة . فقد قضت محكمة النقض قاعدة تفيد أن حضور ضباط الشرطة لتحقيق النيابة لا يؤثر على حرية المتهم في الدفاع ^(١) وذهب رأي - بحق - أن ما انتهت إليه محكمتا العليا على إطلاقه محل نظر إذ ليست هناك أية ضمانات للمتهم تحول دون أن يكون في حضور الضباط التحقيق ما يبعث فعلاً الرهبة والخوف في نفس المتهم مما يجعله يعترف بجريمة لم يرتكبها خوفاً من التعذيب الذي ينتظره من رجال الشرطة إذا هو أنكر خاصة إذا كان قد سبق وأن نسبوا إليه الاعتراف في محضرهم ^(٢).

وقد حذت محكمة النقض في أحكامها الحديثة من قسوة القاعدة السابقة وأفصحت عن قصورها لإمكان أن يحدث وجود رجل الشرطة أثناء التحقيق إكراهاً على المتهم فتحفظت في أحكامها بقولها ما لم يثبت أمام محكمة الموضوع أن وجود الضابط قد استطاع إلى المتهم بأي أذى مادياً كان أو معنوياً ^(٣).

٢٥٧- عبء إثبات صدور الاعتراف بحرية كاملة:

الأصل أن المكلف بإقامة الدليل على وقوع الجريمة ونسبتها إلى شخص محدد هي النيابة العامة وهذا نتيجة للمبدأ السائد في أغلب التشريعات وهو مبدأ

(١) نقص ١٣/١١/١٩٧٣ ، أحكام النقض ، س ٢٤ ، رقم ٢٠٨ ، ص ٩٩٩ - نقص ١٦/٤/١٩٨١ ، س ٣٢ ، رقم ٦٣ ، ص ٣٥٠

(٢) د/ عبد البرعوف مهدي ، مرجع سابق ، ص ١٣٠٢ - د/ حسني الجندي ، شرح قانون الإجراءات ، مرجع سابق ، ص ١١١٥

(٣) قضت المحكمة العليا الكندية بأن مجرد حضور الضابط - الذي اعترف أمامه المتهم أثر القبض عليه - أثناء التحقيق دون أن يصدر منه أي تصرف يعتبر تهديداً للمتهم مفسداً لاعترافه الصادر في هذا التحقيق

Memtenrov. R. 1951, 12 C.R. 228, 101 C.C.C. 312

أشار إليه د/ سامي الملاً ، مرجع سابق ، ص ١٠٧ .

قرينة البراءة ، وفحوى هذا المبدأ أن المتهم بريء حتى تثبت إدانته قانونا بمحاكمة عادلة تكفل له فيها كل الضمانات الضرورية للدفاع عن نفسه (١).

ومن أهم نتائج هذا المبدأ هو تطلب الإقناع اليقيني للقاضي الجنائي للحكم بالإدانة ولا يماري أحد في التسليم بأن الإقناع اليقيني للقاضي هو الضمانة الحقيقية لضبط ميزان العدالة الذي تثقل إحدى كفتيه بمبدأ حرية الإثبات الجنائي (٢) وتتوء الأخرى بمبدأ الأصل في الإنسان البراءة بحسبانه الأساس الذي تتركز عليه سائر مفترضات حق المتهم في المحاكمة العادلة . وبلوغا لهذا اليقين يتعين علي القاضي الجنائي أن يزن كل دليل علي حدة ، وله أن يهدر أي دليل مهما كانت قيمته ما لم يطمئن إليه إذ لا يصح أن يبنى حكم صحيح بالإدانة أو البراءة علي دليل باطل في القانون (٣) وبناء عليه فإنه يشترط علي النيابة العامة الأمانة علي الدعوى وممثلة للمجتمع أن تثبت للمحكمة أن الإقرار صحيح وصادر عن إرادة حرة لم ينال منها أي نوع من أنواع التأثير وهذا هو الأصل في الإقرار - أما إذا دفع المتهم بأن الإقرار الصادر منه كان تحت وطأة إكراه نتيجة تهديد أو وعيد فعلى النيابة العامة هنا إثبات عدم صحة هذا الدفع وهذا إستثناء من القاعدة العامة التي تقضى بأن صاحب الدفع يصبح مدعيا وعليه إثبات صحة دفعه (٤).

(١) يقول بكاريا: " أن كل مجتمع متمدين يبتغي عليه أن يقيم قرينة قانونية للبراءة في صالح المتهم مهما كانت الأدلة المقدمة ضده كما أن هذه القرينة ينبغي استفادة المتهم بها طيلة إجراءات التحقيق والمحاكمة وحتى صيرورة الحكم الصادر بالإدانة نهائيا

Beccaria, Des delits et des pains traduction Franc, aise . ed, flammanion, 1979. P. 72 et. s.

- د/ حاتم بكار، رسالة سابقة ، ص ٦٠

(٢) تنص المادة ٣٠٢ إجراءات جنائية " يحكم القاضي في الدعوى حسب العقيدة التي تكونت لديه بكامل حريته -"

(٣) نقض ١٩٦٥/١/٢٥ ، أحكام النقض ، س ١٦ ، رقم ٢١ ، ص ٨٧ - نقض ١٩٧٠/٦/١٤ ، س ٢١ ، رقم ٢٠٦ ، ص ٨٧٤ .

(٤) وتطبيقا لهذا قضت محكمة النقض " أنه يتعين علي المحكمة الاستئنافية وقد دفع أمامها ببطلان الاعتراف وقدم لها الدليل من وجود إصابات بالطاعن أن تتولي تحقيق دفاعه وتبحث هذا الإكراه وسببه وعلاقته بالأقوال التي قيل بصورها عنه، أما وقد نكلت عن ذلك فإن حكمها يكون قاصرا متعينا رفضه .

نقض ١٩٦٥/٣/٢٩ ، أحكام النقض ، س ١٦ ، رقم ٦٤ ، ص ٢٩٨ - نقض ١٩٧٠/٦/١٤ ، س ٢١ ، رقم ٢٠٦ ، ص ٨٧٤ - نقض ١٩٧٢/٦/١١ ، س ٢٣ ، رقم ٢٠٣ ، ص ٩٠٦ - نقض ٧٤/٤/١٤ ، س ٢٥ ، رقم ٨٧ ، ص ٤٠٨ .

- نقض ١٩٧٥/٦/١٢ ، س ٢٦ ، رقم ١٢٣ ، ص ٥١٨ - نقض ٧٦/١/٢٥ ، س ٢٧ ، رقم ١٩ ، ص ٩٠ - نقض ٧٩/٥/٢٧ ، س ٣٠ ، رقم ١٢٩ ، ص ٦١٠ - نقض ٨٣/٢/١٦ ، س ٢٤ ، رقم ٤٦ ، ص ٢٤٤ - نقض ٨٦/١/٢٢ ، س ٣٧ ، رقم ٢٥ ، ص ١١٤ .

٢٥٨- موقف الشريعة الإسلامية :

لا تقبل الشريعة الإسلامية الإقرار إذا كان المقر مكرها وذلك لانتفاء الاختيار فيلزم لقبول الإقرار أن يكون عن طوعية واختيار ، ويستدل فقهاء الشريعة الإسلامية على هذا الشرط بقول الله سبحانه وتعالى (من كفر بالله من بعد إيمانه إلا من أكره وقلبه مطمئن بالإيمان)^(١) وفي تفسير هذا أخبر تعالى عن كفر به بعد الإيمان والتبصر وشرح صدره بالكفر واطمأن به أنه قد غضب عليهم لعلمهم بالإيمان ثم عدولهم عنه وأن لهم عذاباً عظيماً في الدار الآخرة لأنهم استحبوا الحياة الدنيا على الآخرة . وأما قوله (إلا من أكره وقلبه مطمئن بالإيمان) فهو استثناء ممن كفر بلسانه ووافق المشركين بلفظ مكرها لما نال من ضرب وأذى وقلبه يأبى ما يقول وهو مطمئن بالله ورسوله^(٢).

وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم . " رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه"^(٣) .

فالإقرار المختار يتوافر معه الصدق أما إذا أكره فإن إقراره يغلب على الظن أنه قصد بإقراره دفع ضرر الإكراه ولذلك لا يقبل إقراره ولا يترتب عليه عقاب^(٤).

أما إذا أقر بعد إخلاء سبيله أو بعد زوال سبب الإكراه وهو مختار بما سبق أن أكره وهو مكره فإن إقراره صحيح وبعثد به^(٥).

(١) سورة النحل الآية (١٠٦٠)

(٢) ابن كثير، مرجع سابق ، ص ٥٦٨

(٣) قال القرطبي : لما سمع الله - عز وجل - بالكفر به وهو أصل الشريعة عند الإكراه ، ولم يؤخذ به ، حمل العلماء عليه فروع الشريعة كلها ، فإذا وقع الإكراه عليها لم يؤخذ به ولم يترتب عليه حكم

السيد سابق ، مرجع سابق ، ج ٤ ، ص ٢٥٥

(٤) د/ محمد عادل احمد ، السرقة الحدية في الشريعة الإسلامية ، رسالة دكتوراه " جامعة القاهرة

" ١٩٨٦ ، ص ٨٧١

(٥) المغنى ، مرجع سابق ، ج ٥ ، ص ٢٧٣

الفرع الثالث

أن يكون الاعتراف صريحا ومطابقا للحقيقة

٢٥٩- دلالة الإقرار على ارتكاب الجريمة:-

يلزم أن يكون إقرار المتهم على نفسه صريحا لا يحتمل تأويلا في ارتكابه للواقعة المسندة إليه فلا يجوز استنتاج الاعتراف ولو من مقدمات تنتج في العقل والمنطق بهذه المقدمات مهما كانت دلالتها لا ترقى إلى مرتبة الاعتراف الذي لا بد وأن يكون صريحا^(١).

ويشترط بالإضافة للصراحة والوضوح أن يطابق الاعتراف الحقيقة أى ليس كاذبا جاء نتيجة أى واقع آخر خلاف الحقيقة

ولا يشترط أن يصاغ الإقرار بعبارات معينة حيث قضت محكمة النقض بأنه " لا يلزم لوضوح الاعتراف استعمال عبارات معينة فى صيغة الاعتراف ، بل يكفى أن تحمل أقوال المتهم معنى الإقرار بشكل لا يحتمل التأويل^(٢) .

واشترط أن يكون الاعتراف إراديا يقتضى أن يكون التعبير عن هذه الإرادة واضحا لا لبس فيه ولا غموض^(٣) فإذا كان التعبير عن الإرادة غامضا ، دل ذلك على عدم توافر الإرادة الظاهرة فى الإقرار^(٤) حيث أن قانون الإجراءات الجنائية يقف عند حد تعبير الظاهر للإرادة ولا يدخل فى النوايا ومن ثم فهو يرتب آثاره القانونية على الإرادة الظاهرة فى العمل الإجرائى دون الإرادة الباطنة - فيمتنع على القاضى السبى فى نوايا المتهم عما إذا كان قد قصد الإقرار أم لم يقصده، وعندما يكون الإقرار واضحا لا غموض فيه أو غامضا غير واضح^(٥).

(١) وفى هذا قضت محكمة النقض " اذا تضمنت أقوال المتهم بعض الوقائع التى يجوز عقلا ومنطقا تجميعها فتفيد ارتكابه الجريمة لا يعد هذا اعترافا منه ... ١٩٧٧/٣/٢٨ ، أحكام النقض ، س ٢٨ ، رقم ٨٤ ، ص ٣٩٣

د/ حسن ربيع ، مرجع سابق ، ص ٧٨٢ - د/ محمد زكى ابو عامر ، الاثبات فى المواد الجنائية ، مرجع سابق ، ص ٢٠٢

(٢) نقض ١٩٦٢/٤/١٠ ، أحكام النقض ، س ١٣ ، رقم ٨٣ ، ص ٣٣٢

(٣) عدلى خليل ، مرجع سابق ، ص ١٣٤

(٤) د/ سامى الملا ، مرجع سابق ، ص ٣٨٩

(٥) د/ محمد السعيد عبد الفتاح ، مرجع سابق ، ص ٢٤٩

وإذا كان الاعتراف يخضع في صحته وتقدير قيمته في الإثبات لاقتناع القاضى واطمئنان إلى صدقه ومطابقته للحقيقة والواقع إلا أن عليه أن يتحرز في قبوله حيث أنه من المقرر أنه لا يصح تأييم إنسان ولو بناء على إقراره بلسانه أو بكتابته متى كان مخالفاً للحقيقة والواقع ^(١) ويحدث في الحياة العملية أن يصدر إقرارات من بعض الأشخاص الإبرياء الذين يزجون بأنفسهم في قفص الإتهام تحت تأثير عوامل متعددة قد تكون الرغبة في التخلص المجرم الحقيقي بدافع المحبة أو يكون الاعتراف بدافع الرغبة في التخلص من حياته أو بدافع الزهو والافتخار فمثل هذه الإقرارات تدعو إلى الحذر من الأخذ بها، وعلى القاضى أن يتحرى عن نصيب الاعتراف من الصحة .

٢٦٠- موقف الشريعة الإسلامية :

أما بيان أنواع المقر به فهو نوعان في الأصل : حقوق الله تعالى ، والثانى حقوق العباد أما حقوق الله تعالى - فنوعين :

أحدهما - أن يكون خالصاً لله : كحد الشرب ، والزنا ، والسرقه - والإقرار به صحيح من الحر والعبد ولو رجع المقر عن ذلك ، قبل الاستيفاء : بطل الحد ، لاحتمال الصدق في الرجوع فأورث شبهة ويكتفى في ذلك بالإقرار مرة واحدة إلا في الزنا : فإنه يشترط أربع مرات ، لحديث ماعز بخلاف العباسي ^(٢) .

وأما حقوق العباد - فأنواع منها - القصاص و الدية ومنها . الأموال ومنها - الطلاق والعق وحق الشفعة ونحو ذلك .

(١) نقض ١٨/١٢/١٩٦٢ ، أحكام النقض ، س ١٣ ، رقم ٢٠٨ ، ص ٨٦٣ - نقض ٢٠/١٢/١٩٦٥ ، س ١٦ ، رقم ١٨٠ ، ص ٩٤٥

(٢) أما الاستدلال بالقياس على شهادة الذنا فإنه لما اعتبر فيه أربعة شهور اعتبر في إقراره أن يكون أربع مرات ففي غاية الفساد لانه يلزم من ذلك ان يعتبر في الإقرار بالأموال والحقوق أن يكون مرتين لان الشهادة في ذلك لا بد ان تكون من رجلين ، ولا يكفى فيها الرجل الواحد ، والالزام باطل باجماع المسلمين فالملزوم مثله وإذا قد تقرر لك عدم اشتراط الأربع عرفت عدم اشتراط ما ذهب إليه الحنفية والقاسمية من أن الأربع لا تكفى أن تكون في مجلس واحد بسل لا بد ان تكون في أربعة مجالس ، لان تعدد الامكنة فرع تعدد الإقرار الواقع فيها وإذا لم يشترط في الأصل تبعه الفرع في ذلك ... نيل الاوطار ، مرجع سابق ، ص ٢٩٨ سنن ابى داود ، مرجع سابق ص ٢٩٧ .

أما إقرار الحر بالمال ، صحيح كيفما كان سواء كان بالمال المقر به عينا أو ديناً وسواء كان معلوماً أو مجهولاً ، وعلة البيان ، فجهالة المقر به لا تمنع صحة الإقرار ، وجهالة المشهود به تمنع صحة الشهادة والقضاء ، لأنه لا يمكن القضاء بالمجهول ، فأما فى الإقرار فيؤمر بالبيان والقول قول - بيانه :-

-إذا أقر أنه " غصب من فلان مالا " أو " لفلان عليه شئ أو حق " فإنه يؤمر بالبيان (١).

فى الغصب إذا قال " غصبت منه شيئاً " - فتبين ما لا قيمة له ، بأن قال " غصبت منه صبياً حراً صغيراً " أو " خمرأ لمسلم " أو " جلد ميتة " يصدق ، لأن هذا مما يغصب عادة - وهكذا يتبين أن الشريعة طلبت فى الاعتراف الوضوح وعدم التجهيل بالشئ المقر به وهذا ما ثبت فى قضية ماعز واستفسار الرسول عن كيفية حصول الواقعة

المطلب الخامس

آثر الإكراه على الدليل المتحصل

٢٦١- تمهيد وتقسيم :

مع التسليم بحرية القاضى الجنائى فى تقدير القيمة الإقناعية لما يعرض عليه من أدلة فى كل حالة حسبما يستفاد من وقائع كل دعوى وظروفها إذ لم يملأ عليه المشرع حجية معينة للدليل بل جعل تقدير الأدلة من شأن قاضى الموضوع وحده دون رقابة عليه فى ذلك من محكمة النقض (٢) إلا أنه يشترط فى الدليل الذى يعتمد

(١) تحفة الفقهاء ، مرجع سابق ، ص ١٩٥ - الاثبات والنظائر ، مرجع سابق ، ص ٢٥٤ - بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع ، مرجع سابق ، ح ٧ ، ص ٢٢٣ - البناية فى شرح الهداية ، مرجع سابق ، ص ٥٣٩

(٢) وتطبيقاً لهذا قضت محكمة النقض " الأصل فى المحاكمات الجنائية . اقناع القاضى بناء على الأدلة المطروحة عليه . له تكوين عقيدته من أى دليل أو قرينة يرتاح إليها . ما لم يقيده القانون بدليل معين " نقض ٩٧/١/٢٣ ، احكام النقض ، س ٤٨ ، رقم ٢٠ ، ص ١٣٩ - نقض ٩٨/٢/٨ ، س ٤٩ ، رقم ٢٨ ، ص ١٨٨ - نقض ٩٨/٢/١٦ ، رقم ٣٨ ، ص ٢٥٢ - نقض ٩٨/٣/٢٥ ، رقم ٦٢ ، ص ٤٧٩ .

عليه القاضي في تكوين إقتناعه أن يكون مشروعاً أى تم الحصول عليه من خلال إجراءات مشروعة وقد حسم المشرع في المادة (٣٣٦) من قانون الإجراءات الجنائية المصري النتيجة المترتبة على عدم مشروعية الإجراء ، وذلك بعدم مشروعية الدليل حيث تنص على إنه " إذا تقرر بطلان أى إجراء فإنه يتناول جميع الآثار التي تترتب عليه مباشرة ويلزم أعادته متى أمكن ذلك " (٢) ويشترط أن يصدر الدليل عن إرادة حرة غير معيبة ، ومن ثم يبطل الدليل إذا كان الحصول عليه قد تولد عن إكراه سواء كان مادياً أو معنوياً ويقصد بصدور الدليل عن إرادة حرة هو أن يأتى الدليل دون أى اعتداء على إرادة المتهم أو من يهمله أمره ، بحيث تكون طريقة الحصول على الدليل خالية من أى عيب يشوب تلك الإرادة (٣) .

لذا ستكون دراستنا في هذا المطلب في الآتى :

الفرع الأول - تعريف الدليل وأهميته

الفرع الثانى - أثر الدليل المستمد من الإكراه

كما انه من المقرر ان " الجدل في تقدير الدليل من سلطة محكمة الموضوع وهو من اطلاقاتها التي لا يجوز مصادرتها فيها لدى محكمة النقض ... " - نقض ٩٨/١/١٤ ، س ٤٩ ، رقم ١٤ ، ص ٩٦ - نقض ٩٨/١/١٨ ، رقم ١٥ ، ص ١٠٠ - نقض ٩٨/٥/٣ ، رقم ٨١ ، ص ٦٢٢ - نقض ٩٨/١١/٢٣ ، رقم ١٩٠ ، ص ١٣٣٥ .

(٢) وقد نصت الفقرة الثالثة من المادة ٢٤ من قانون المرافعات المدنية والتجارية على انه " لا يترتب على بطلان الإجراء بطلان الإجراءات اللاحقة ما لم تكن مبنية عليه "

(٣) مبدأ الشرعية الإجرائية هو الذى يحكم بتنظيم الإجراءات التي تتخذ قبل المتهم وذلك على نحو يضمن احترام الحقوق والحريات الفردية فهذه القاعدة تعنى ضرورة اتفاق الإجراء مع القواعد القانونية والأنظمة الثابتة في وجدان المجتمع ، فهي لا تقتصر فقط على مجرد المطابقة مع القاعدة القانونية التي ينص عليها المشرع بل يجب مراعاة إعلانات حقوق الإنسان والمواثيق والاتفاقات الدولية وقواعد النظام العام وحسن الآداب السائدة في المجتمع بالإضافة إلى المبادئ التي استقرت عليها محكمة النقض ... د/ احمد ضياء الدين ، مشروعية الدليل ، مرجع سابق ، ص ٤٥٢ د/ محمد السعيد عبد الفتاح ، رسالة سابقة ، ص ٢٩٦ .

الفرع الأول

التعريف بالدليل الجنائي وأهميته

٢٦٢- الدليل فى اللغة :

يعرف الدليل فى اللغة بأنه ما يستدل به ، والدليل : الدال أيضا ، وقد على الطريق يدلّه بالضم ، قال أبو عبيد : الدال قريب المعنى من الهدى وهما فى السكينة والوقار فى الهيئة والمنظر وغير ذلك^(١) وفى اللغة وهو المرشد ، وما يستدل به والجمع أدلة ودلالات .

٢٦٣- الدليل اصطلاحا :

تعددت تعريفات الفقه الجنائى للدليل : عرفه رأى بأنه " استنتاج واقعة من واقعة أخرى على سبيل الاحتمال والإمكان "^(٢).

عرفه آخر بأنه " الوسيلة التى يستعين بها القاضى للوصول إلى الحقيقة التى ينشدها . والمقصود بالحقيقة التى ينشدها . والمقصود بالحقيقة هو كل ما يتعلق بالوقائع المعروضة عليه لأعمال حكم القانون عليها^(٣) ويرى ثالث أن الدليل هو الواقعة المعروضة على عين العقل للإقناع بان واقعة أخرى (الواقعة الإجرامية أو أحد عناصرها) قد حصلت أو لم تحصل لعلاقتها الوثيقة بها والتى تدل على هذا الحصول أو عدمه كواقعة رؤية شاهد للجانى وهو يقتل فهى دليل على حصول القتل إذا اقتنع القاضى بحصولها^(٤).

ويعرفه أخير بأنه " كل وسيلة مرخص بها أو جائزة قانونا لإثبات وجود أو عدم وجود الواقعة المرتكبة ، ومدى صحتها "^(٥).

(١) مختار الصحاح ، مرجع سابق ، ص ٢٠٩

(٢) د/ عبد الرؤوف المهدي ، مرجع سابق ، ص ١٣٧٩

(٣) د/ أحمد فتحى سرور ، الوسيط فى قانون الإجراءات الجنائية ، مرجع سابق ، ص ٣٧٣

(٤) د/ محمد محى الدين عوض ، قانون الإجراءات القانونية السودانى معلقا عليها ، مرجع سابق ، ص ٦١١

(5) Merle et vitu, Op. Cit , p. 128

٢٦٤- الدليل فى الفقه الإسلامى :

الدليل فى اصطلاح الشرعيين هو " ما يلزم من العلم به العلم بشئ آخره فإذا أعلم المدعى القاضى بحجبيته على دعواه ، لزم من علم القاضى بتلك الحجة مع اقتناعه بها علمه بصدق دعوى المدعى فيما ادعاه والحكم له به^(١) ويستخدم لفظ " الدليل " فى الاصطلاح الشرعى بمعنى "البينة " والتي تعنى الحجة أو البرهان ، فمن المتفق عليه أن البينة اسم لكل ما يبين الحق وإن كان هناك رأيان فى الفقه الإسلامى فى معنى البينة الأول يعطى للبينة معنى عاما يندرج تحته كل دليل يبين الحق ونظيره ، بينما الآخر يحدد لكلمة البينة معنى خاصاً ويقصرها على شهادة الشهود^(٢)

٢٦٥- أهمية الدليل الجنائى :

إذا كان الهدف الرئيسى للخصومة الجنائية هو الكشف عن الحقيقة المادية ولما كان القاضى لا يكتفى بما يقدمه الخصوم من أدلة متفق عليها فإن الدليل تتضاعف فى هذه الحالة أهمية ، ويتركز اهتمام القاضى فى جمعه وفحصه وتقديره ، ولهذا نصت المادة (٢٩١) إجراءات مصرى على أن للمحكمة أن تأمر ولو من تلقاء نفسها ، اثناء نظر الدعوى ، بتقديم أى دليل تراه لازماً لظهور الحقيقة ، ولها بمقتضى المادة ٢٩٢ ولو من تلقاء نفسها أن تعين خبيراً واحداً أو أكثر فى الدعوى ، وإن تأمر - بمقتضى المادة ٢٩٣ ولو من تلقاء نفسها كذلك ، بإعلان الخبراء

(١) وفى الفرق بين الأدلة والعلل والأسباب والحجج فى موارد الشرع .

أما الأدلة : فتقدم فى مقدمه الكتاب إنها قسمان : أدلة مشروعة الأحكام ، وهى سبعة عشر منها : الكتاب والسنة والاجماع والقياس و وأدلة وقوعها ، وهى غير متناهية لأنها وقوع أسبابها وشروطها وانتفاء موانعها ، فأدلة الزوال من الرخامات وموازين الشمس وغيرها وأدلة المشروعية يتقدم فيها المجتهد ، ثم الأوصاف المنصوبة التى دلت عليها الأدلة التى هى أدلة المشروعية ، منها معقول الحكمة ، والاقتنيات للربا ، فهذه علل ، وتارة لا تعقل حكماتها كالزوال ، وأوقات الصلوات ، فهذه أسباب ، ثم إذا دلت الأدلة ، وتقرر السبب ، والحكم وعلته

إقرار حجج - فالحجج متأخرة الرتبة عن الجمع والأدلة متقدمة على الجمع والأسباب والعلل متوسطة متأخرة عن الأدلة ومقدمة على الحجج الذخيرة ، شهاب الدين أحمد بن إدريس ، مرجع سابق ، ص ٨٦ .

(٢) د/ أحمد إبراهيم ، طرق الإثبات الشرعية ، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية ،

١٩٤٣ ، ع ١ ، ص ١

ليقدموا ايضاحات بالجلسة عن التقارير المقدمة منهم في التحقيق الابتدائي او أمام المحكمة وإذا تعذر تحقيق دليل أمام المحكمة ، جاز لها أن تتدب أحد أعضائها أو قاضيا آخر لتحقيقه (المادة ٢٩٤)

ومن المسلم أن المحكمة متى رأت أن الفصل في الدعوى يتطلب تحقيق دليل بعينه فان عليها تحقيقه مادام ذلك ممكنا ^(١).

هذا وقد اصبح للدليل الجنائي أهمية كبرى في نطاق السياسة الجنائية حيث تهدف هذه السياسة إلى تقدير الجزاء الذي يتلاءم مع شخص المتهم لذا أصبح من الواجب عند البحث عن الدليل ألا يراعى فقط الهدف المتعلق بإثبات وقوع الجريمة ومدى نسبتها للمتهم بل أيضا بيان ظروف ارتكابها وظروف المتهم وملامحه الشخصية ومدى خطورته الإجرامية ^(٢).

وخلاصة القول أن الأدلة هي المصدر المطلق لاقتناع القاضى الجنائى حيث تعتبر مدخلا للتعرف على الحقيقة ^(٣).

(١) وتطبيقا لهذا قضت محكمة النقض " أن تحقيق أدلة الإدانة في المواد الجنائية لا يصح ان يكون رهينا بمشينة المتهم في الدعوى الجنائية " نقض ١٩٧٨/٤/٢٤ ، أحكام النقض ، س ٢٩ ، رقم ٨٤ ، ص ٤٤٢

كما قضت " لمحكمة الموضوع أن تفصل في الدعوى الجنائية التى هى أساس الدعوى المدنية من غير أن تستنفذ وسائل التحقيق الممكنة ، ولا ينبغى لها أن تحيل الدعوى المدنية على المحكمة المختصة بمقولة إن الأمر يحتاج إلى إجراءات وتحقيقات يضيق عنها نطاق الدعوى، ذلك بأن نطاق الدعوى الجنائية لا يمكن ان يضيق عن تحقيق موضوعها والفصل فيها على أساس التحقيق الذى تم " نقض ١٩٥٧/٣/٥ ، أحكام النقض ، س ٥ ، رقم ١٩٠ ، ص ٥٥٩.

(٢) وفى هذا قضت محكمة النقض " إن احوال الجريمة لا تنصب فقط على مجرد وقائع الدعوى وإنما تتناول كل ما يتعلق بماديات العمل الاجرامى فى حد ذاتية وبشخص المجرم الذى ارتكب هذا العمل ويحق من وقعت عليه الجريمة وكذلك كل ما أحاط ذلك العمل ومحتكبه والمجنى عليه من الملابس والظروف بلا استثناء . وهو ما اصطلح على تسويته بالظروف المادية والظروف الشخصية . وهى المجموعة المكونة من تلك الملابس والظروف التى ليس فى الاستطاعة بيانها ولا حصرها والتى تترك لمطلق تقدير القاضى " نقض ١٩٤٣/٨/١ ، أحكام النقض ، س ٤ ، رقم ١٩١ ، ص ٣٣٥ - نقض ١٩٦٤/١٠/٥ ، س ١٥ ، رقم ٢١٠ ، ص ٥٥٩

(٣) ومن هذه الأدلة :- الشهادة ، الاعتراف ، القرائن ، الدلائل ، الكتابة . وهذه بدورها لها مصادرها الأساسية من استجواب أو ضبط أو تفتيش أو معاينة رجال الخبرة ، ولما كان للقاضى أن يستقى اقتناعه من أى دليل مطروح فى الدعوى ومرخص به قانونا وأنه لا تعقيب عليه فى اختياره أو اقتناعه ، وإن طلب منه تسبيب هذا الاختيار للدليل أو هذا الرفض ، إلا أنه لا تعقيب عليه فى اقتناعه حيث هو يتجه بحكم العقل الذاتى للقاضى د/ أحمد ابو القاسم ، رسالة سابقة ، ص ١٤٦ .

والصلة بين الدليل والجريمة تكون دائما بصورة مباشرة وهى النقطة الحاسمة فى قيامها او عدم قيامها كما ان القاضى الجنائى الذى يقوم بالبحث والتحرى عن ادله الواقعة هو الذى يكون علاقة إما مباشرة كما فى حالة المعاينة ، والتفتيش والاستجواب والاعتراف حيث تقع كل هذه الأمور تحت سمعه وبصره ، أو غير مباشرة لأنها تصل إلى إدراكه عن طريق الغير ، إذن يمكن تقسيم الدليل من حيث علاقته مع القاضى لا مع المجرم أو الجريمة إلى مباشر أو غير مباشر^(١) .

الفرع الثانى

قيمة الدليل المستمد من الإكراه

٢٦٦- موقف التشريعات من الدليل الباطل :

لا تهتم التشريعات فى النظم القانونية المقارنة بصفة عامة ، بوضع نظرية عامة لمشروعية الدليل الجنائى بل أن تلك النظم تختلف فيما بينها فى تقدير القيمة القانونية للدليل المشروع^(٢) وقد أورد الدستور المصرى الصادر سنة ١٩٧١ نصوصاً تتضمن ضمانات إجرائية لصيانة الحقوق والحريات هى المواد ١٧ ، ١٩ ،

(١) د/ رمسيس بهنان ، الإجراءات الجنائية تأصيلاً وتحليلاً ، مرجع سابق ، ج ٢ ، ط ٧٨ ، ص ٢٣٢ - د/ محمد ذكى ابو عامر ، الإثبات فى المواد الجنائية ، مرجع سابق ، ص ١٢٠ .
(٢) يخضع الإثبات الجنائى لثلاث أنظمة وهى أولاً :- نظام الأدلة القانونية يقوم هذا النظام على تنظيم الإثبات وفقاً لشروط قانونية يحددها القانون سلفاً ، حيث يقيد القاضى الجنائى بأدلة معينة يحظر عليه أن يقبل أدلة غيرها . كما يحدد القيمة القانونية للدليل إذا توافرت له شروط معينة ويقتصر دور القاضى الجنائى على مجرد التحقيق من وجودها .

ثانياً :- نظام الاقتناع القضائى :- ويقوم هذا النظام على الاعتراف بالحرية لأطراف الخصومة - من ناحية - فى تقديم الدليل المناسب لإثبات الدعوى ، كما يترك للقاضى الحرية - من ناحية أخرى - فى قبول الدليل ، ويكون له سلطة تقديره .

ثالثاً :- نظام الأدلة العلمية - ويقوم على الاستعانة بالأساليب العلمية الحديثة فى إثبات الجريمة ونسبتها إلى المتهم د/ هلالى عبد اللاه ، النظرية العامة فى الإثبات فى المواد الجنائية " دراسة مقارنة " ، رسالة دكتوراه " حقوق القاهرة " ، ١٩٨٤ ، ص ٩٣ - د/ حسنى الجندى ، شرح قانون الإجراءات الجنائية ، مرجع سابق ، ص ١٠٢٦ .

٢٧ ، ٤١ ، ٤٢ ، ٤٤ ، ٧١ ، ومن ثم فإن مخالفة هذه النصوص في تحصيل الدليل الجنائي يصم هذا الدليل بعدم المشروعية (١).

فشرعية الإثبات الجنائي تستلزم عدم قبول أى دليل يكون البحث عنه أو الحصول عليه قد تم بطريقة غير مشروعة فحرية القاضي الجنائي في الإثبات لا تعنى أن يجرى البحث عن الدليل أو الحصول عليه بأية طريقة كائنة ما كانت ، بل إن هذا البحث مقيد باحترام " حقوق الدفاع " من جهة وقيم العدالة وأخلاقياتها من جهة أخرى " ومقتضيات الحفاظ على كرامة الإنسان " من جهة أخيرة ، وهو ما لا يمكن أن يتأتى إلا إذا كان البحث عن الدليل قد تم باستخدام إجراءات مشروعة (٢)

(١) ومع ذلك فشرط مشروعية الدليل لازم فقط في حالة الإدانة أما البراءة فيمكن أن تستند فيها المحكمة الى دليل استمد من إجراء باطل وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض " أن المشروعية ليست بشرط واجب في دليل البراءة ذلك بان من المبادئ الأساسية في الإجراءات الجنائية أن كل متهم يتمتع بقرينه البراءة إلى أن يحكم بإدانته بحكم نهائى وانه إلى أن يصدر هذا الحكم له الحرية الكاملة في اختيار وسائل دفاعه بقدر ما يسعفه مركزه في الدعوى وما تحيط نفسه من عوامل الخوف والحرص والحذر وغيرها من العوارض الطبيعية لضعف النفوس البشرية ، وقد قام على هدى هذه المبادئ حق المتهم في الدفاع عن نفسه واصبح حقاً مقدساً يعلو على حقوق الهيئة الاجتماعية التي لا يضيرها تبرئة مذنّب بقدر ما يؤذيها ويؤذى العدالة معا إدانة برئ " نقض ١٩٦٥/٥/٢٥ ، أحكام النقض ، س ١٦ ، رقم ٢١ ، ص ٨٧ د/ مأمون محمد سلامة ، قانون الإجراءات الجنائية معلقا عليه ، مرجع سابق ، ص ٨٥٩ - د/ حسنى الجندى ، مرجع سابق ، ص ١٠٤٣ في حين يذهب آخر إلى أن هذا القضاء محل نظر لمخالفة لمبدأ شرعية الدليل في المواد الجنائية والمدنية سواء والذي يعد تطبيقا مباشرا لنص المادة ٣٣٦ اجراءات جنائية - ثم انه ليس للقضاء ان يقر قاعدة الغاية تبرر الوسيلة كمبدأ قانونى صحيح د/ رعوف عبيد ، مبادئ الإجراءات الجنائية ، مرجع سابق ، ط ١٣ ، ص ٦٢٣ .

(٢) الأصل أن الجرائم على اختلاف أنواعها - إلا ما استثنى منها بنص خاصة - جائز إثباتها لكافة الطرق القانونية . نقض ٩٨/٣/٢ ، أحكام النقض ، س ٤٩ ، رقم ٤٧ ، ص ٣٠٠ - نقض ٩٨/١١/٢٣ ، رقم ١٩٠ ، ص ١٣٣٥

cass crim, 10 janv 1974 . B. n0 18 . crim 24 janv. 1973 . D. 1973 . 340 cass crim , 1971 . J. G. P. 1971 . IV. P. 108 .

ويجرى القضاء الفرنسى أيضا أن القانون الذى يحد طرق الإثبات المقبولة في بعض المواد استثناء لا يحول دون إمكانية قبول غيرها من الأدلة ما لم يكن قد صرح في صلبه صراحة باستبعاد غيرها من طرق الإثبات .

cass crim. 29 juil. 1926 . S. 1928 . 134

cass crim. 18 déc 1962 . B. n0 377

ومن هنا فإن الطرق غير المشروعة les méthodes illégales للتحقيق يترتب عليها حتماً عدم مشروعية الدليل المستمد منها وعدم قبوله في الإثبات الجنائي من ثم (ومنها استخدام التعذيب البدني والإكراه المعنوي وسائر صنوف الاعتداء على كرامة الجسد . وتحريض الشرطة أو استفزازاتها ، والاستجواب المطول والتتويم المغنطيسي و) (١).

٢٦٧- موقف الشريعة الإسلامية:

يعتبر مبدأ درء الحدود بالشبهات من أهم القواعد الفقهية التي ترتبط بموضع هذا المبحث ويجد هذا المبدأ سنده فيما روى (عن أبي هريرة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم "ادفعوا الحدود ما وجدتم لها مدافعا " رواه ابن ماجه) (٢) وما روى عن عائشة قالت : قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم : ادرك الحدود عن المسلمين ما استطعتم ، فإن كان له مخرج فخلوا سبيله فإن الإمام أن يخطئ في العفو خير من أن يخطئ في العقوبة (٣) .

فالشبهة في الاصطلاح تعرف بأنها " الحال التي يكون عليها المرتكب أو تكون بموضوع الارتكاب ويكون معها المرتكب معزورا في ارتكابها أو يعد معذورا عن ارتكاب الحد ويستبدل به عقاب دونه على حسب ما يرى الحاكم (٤) .

ومبدأ درء الحدود بالشبهات ، من المبادئ العامة التي تسيطر على نظام الإثبات الجنائي في الشريعة الإسلامية ، وهو على هذا النحو قاعدة أساسية تحتم تفسير الشبهة لصالح المتهم لأنها لا تكفي لدحض أصل البراءة المتوفرة فيه وللأصل في

cass crim . 23 janv 1962 . B. n0 54

(١) د/ محمود نجيب حسنى ، مرجع سابق ، ص ٤٤١ - د/ محمد زكى ابو عامر ، الإثبات في المواد الجنائية ، مرجع سابق ، ص ١٤٢

(٢) نيل الاوطار شرح منتقى الأخبار ، مرجع سابق ، ص ٣٠٦

(٣) الجامع الصحيح ، مرجع سابق ، ج ٤ ، ص ٣٣

(٤) محمد ابو زهرة ، العقوبة ، مرجع سابق ، ص ٢٢٢

اعتبار الشبهة برئته للحد حملة من الأحاديث والآثار المروية عن النبي صلى الله عليه وسلم - وعن الصحابة رضوان الله تعالى عنهم (١).

٢٦٨- موقف الفقهاء من هذا المبدأ :

١-الرأي الأول :- ويضم فقهاء المذاهب الأربعة ويرون الأخذ بهذا المبدأ ويقولون أن الآمال مندوب إلى الاحتياط لدرء الحد وتلقين المقر الرجوع وذلك قياساً على ما ورد عن أبي هريرة قال " جاء ماعز الإسلامى إلى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم فقال : إنه قد زنى فاعرض عنه ، ثم جاءه من شقه الآخر فقال : إنه قد زنى ، فاعرض عنه ، ثم جاءه من شقه الآخر فقال : رسول الله أنه قد زنى فامر به فى الرابعة فأخرج إلى الحرة فرجم بالحجارة ، فلما وجد مس الحجارة فر يشتد حتى مر برجل معه لحى جمل فضربه به وضربه الناس حتى مات ، فذكروا ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم أنه فرحين وجد مس الحجارة ومس الموت فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم هلا تركتموه (٢).

(١) (وان شهد أربعة على رجل : انه زنا بامرأة فشهد أربعة اخرون على الشهود : انهم هم الزناه بها : لم يحد المشهود عليه . وهل يحد الشهود الاولون حد الذنى ؟ على روايتين)
إحدهما : يحد الشهود الاولون للزنى . وهو الصحيح من المذهب واختاره أبو بكر -
والثانية : لا يحدون للزنى . اختاره أبو الخطاب .

- قوله (وان حملت من لا زوج لها ، ولا سيد : لم تحد بذلك بمجرد) - وهو ظاهر قصصه عمر رضى الله عنه قال عمر رضى الله عنه " الرجم واجب على كل من زنى من الرجال والنساء إذا كان محصناً ، إذا قامت البينة ، أو كان الحبل ، أو الاعتراف " ... الأنصاف ، مرجع سابق ، ج ١٠ ، ص ١٩٩ .

وبطرح السؤال الآتى :

هل يثبت الحد بالحبل ؟

ذهب جمهور الفقهاء إلى أن مجرد الحبل لا يثبت به الحد ، بل لا بد من الاعتراف أو البينة ، واستدلوا على هذا بالأحاديث الواردة فى درء الحدود بالشبهات .

وعن على - رضى الله عنه - انه قال لامرأة حبلى : استكرهت ؟ قالت : لا . قال : فلعن رجلاً أتاك فى نومك .

قالوا : وروى الإثبات عن عمر ، انه قبل قول امرأة ادعت أنها ثقيلة النوم ، وان رجلاً طرقتها ولم تدر من هو بعد .

وأما مالك وأصحابه ، فقالوا : إذا حملت المرأة ولم يعلم لها زوج ، ولم يعلم أنها أكرهت فإنها تحد . قالوا : فإن ادعت الإكراه . فلا بد من الإثبات بأمرأة تدل على استكراها سيد سابق ، مرجع سابق ، ج ٣ ، ص ١٧٣ .

(٢) نيل الاوطار شرح منتقى الأخبار ، مرجع سابق ، ج ٧ ، ص ٣٠٢.

٢-الرأي الثاني :-

ويرى إنكار مبدأ درء الحدود بالشبهات ويمثلها أصحاب الظاهري ، فانهم لا يؤيدون إعمال قاعدة درء الحدود بالشبهات ويرون فيها مبدأ خطيراً يمكن أن يذهب بفاعلية نظام الحدود ، ولذلك فإن الحدود لا يحل أن تدراً بشبهة ولا أن تقام بشبهة وإنما هو الحق لله تعالى ولا مزيد فإن لم يثبت الحد لم يحل أن يقام بشبهة لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم - "إن دماءكم وأموالكم وأعراضكم وأبشاركم عليكم حرام"^(١) وإذا ثبت الحد لم يحل أن يبدأ بشبهه لقول الله تعالى: " تلك حدود الله فلا تعتدوها "^(٢).

ويرد ابن حزم على القائلين بهذا المبدأ بقوله " فنظرنا منه فوجدنا من طرق ليس فيها عن النبي - صلى الله عليه وسلم - نص ولا كلمة ، وإنما هي من الصحابة من طرق كلها الأخير فيها فقد روى عن "عمر بن الخطاب وعن ابن مسعود " إدعوا الحدود ما استطعتم " وعن أبي هريرة "ادفعوا الحدود ما وجدتم مدافعا " . وعن عمر بن الخطاب وابن مسعود " ادعوا الحدود عن عباد الله ، الحدود فيها شبهة عليكم " وقد شكك ابن حزم في هذه الرواية وخلص إلى القول " فاللفظ الذي تعلقوا به ساقط لأنه لم يصدر عن صاحب ولا تابع بسند صحيح " ، وأن هذا اللفظ أن استعمل أدى إلى أبطال الحدود جملة ^(٣).

وبعد عرض وجهات النظر هذه فإن الراجح الذي أجمع عليه فقهاء الأمصار هو العمل بها وأن الأحاديث الدالة على المبدأ هي صالحة للاستدلال إذ أن بعضها صحيح وبعضها حسن وكون بعضها موقوفاً لا يعتبر قادحاً في الاحتجاج به لأن الموقوف في مثل هذا له حكم الرفع ^(٤).

ومن إجمالى ما سبق نجد أن مبدأ شرعية الدليل فى الشريعة الإسلامية والتحرز فى قبوله يتلاقى وشرعية الدليل فى النظم الوضعية ، لكن تجدر الإشارة إلى أن ما جاء فى الشريعة قد سجل قبل أن ينادى به الفلاسفة فى أوربا باثنى عشر قرناً من الزمان .

(١) الاشباه والنظائر ، مرجع سابق ، ص ٢٢٧

(٢) سورة البقرة الآية (٢٩٩)

(٣) المحلى ، مرجع سابق ، ج ١١ ، ص ١٥٣

(٤) نيل الاوطار فى شرح منتقى الاخبار ، مرجع سابق ، ج ٧ ، ص ٨٧ - د/ أحمد

ابو القاسم ، مرجع سابق ، ص ٢٧٧

الخاتمة والتوصيات

بهذا نكون قد انتهينا من دراستنا لموضوع " النظرية العامة للإكراه في القانون الجنائي " وقد حاولت بجهدى المتواضع الإمام بجوانب ومشكلات هذا الموضوع خاصة الهام منها متخذاً من الشريعة الإسلامية وبعض التشريعات محلاً للمقارنة في كل جزئية رأيت فيها ضرورة لذلك .

ولئن تكون الخاتمة تكراراً لما سبق وعرضناه من موضوعات ، ففي ذلك تكرار لا مبرر له ، بالإضافة إلى إيماننا بأن أى تلخيص لا يمكن أن يفى أو يغنى عما سلف من دراسة تحليلية ولذلك نقتصر في هذا المجال على وضع الحلول المقترحة والتي تتمثل في وضع تصور للتعديلات الواجب إجراؤها لمواجهة النقص أو القصور في التشريع والتي يتركز أهمها فيما يلي :-

أولاً :- هناك سبق تاريخي أحرزته الشريعة الإسلامية في مجال نظرية الإكراه والتي تجد أساسها في نصوص القرآن الكريم وكذلك في السنة النبوية الشريفة مما يجعلها أبدية لا تقبل حذفاً ولا تعديلاً ولا تغييراً . فهي بحق شريعة الخالق وليس من حق بشر كائن من كان أن يعطلها أو يعتدى عليها حيث تفردت بنظامها الجنائي الإسلامي المتكامل الذي سبق كل الحضارات لذا فهي الأولى بالتطبيق .

ثانياً :- ضرورة تدخل المشرع الجنائي والنص على الإكراه وصوره ، فلا تكفى أحكام المادة (٦١)

عقوبات) التي تتحدث عن الضرورة للقياس عليها وتطبيق أحكامها ، وذلك لما يعثرى التطبيق من صعوبة وتضارب في أحكام القضاء لذا فالنص على الإكراه وصوره هو السبيل لمنع هذا التضارب ولقد كان للشريعة الإسلامية سبق في هذا الأمر حيث كان الوضوح والتمييز بين نوعي الإكراه واضحاً منذ نشأتها .

ثالثاً :- تعديل المادة (٦١ عقوبات) والتي أقتصرت على الاعتداد بالخطر الذي يهدد النفس دون

المال فى حين أن الفرد كثيراً ما يعلق على ماله أهمية تفوق أهمية بعض الحقوق المتصلة بشخصه خاصة إذا كانت له قيمة كبيرة الأمر الذى يجوز معه أن يكون للخطر الذى يهدد المال له تأثير على إرادة الفاعل يفوق أحياناً التأثير الذى يحدثه الخطر المهدد للنفس ومن ثم يتعين أن يتضمن التعديل المال بجانب النفس.

رابعاً :- مراعاة الحدود المميزة بين العناصر المكونة للجريمة وبين تلك التى تعتبر ظروفًا مغيرة

لجسامتها ولهذه التفرقة أهمية كبرى فى تحديد وصف الجريمة أى فى تقسيم الجرائم إلى جنائيات وجنح ومخالفات فكل عنصر يؤدى إلى تغيير وصف الجريمة يعتبر عنصراً مكوناً لها، بينما يقتصر أثر الظروف على تشديد أو تخفيف العقوبة المقررة لنفس نوع الجريمة كما أن التفرقة بين العناصر المكونة والظروف أهمية فى تحديد الإجراءات الواجبة الاتباع وذلك حسب التفصيل المبين فى المادتين ١١ ، ٣٠٨ من قانون الإجراءات الجنائية .

وعلى ذلك نرى وجوب النص على الظروف العامة المشددة مع تحديد أثرها فى عقوبات الجرائم فى نصوص متتالية فى القسم العام من قانون العقوبات بدلاً من ذكرها متفرقة وهو اتجاه لا يتعارض مع النص على ظروف خاصة تلحق بعض الجرائم .

خامساً :- إخضاع أعمال جمع الاستدلالات وتحرير محاضرها لقواعد وشروط تتضمن صحتها لئلا

تكون عبئاً مع أهميتها فى المراحل الأولى للتحقيق . وذلك فى الحالات التى لا يوجب القانسون تحقيقها من قبل سلطة التحقيق الأصلية بشكل ملزم . ولتحقيق ذلك يجب مراعاة الآتى :

- ١- إعطاء الحق للمتهم والمجنى عليه والمدعى بالحق المدنى والمسئول عنه ووكلائهم الحق فى حضور جميع إجراءات جمع الاستدلالات والاطلاع على الأوراق المثبتة لتلك الإجراءات إذا كانت قد بوشرت فى غيبتهم .

٢- يسمع مأمور الضبط القضائي شهادة الشهود الذين يطلب الخصوم سماعهم مالم ير عدم فائدة ذلك وعليه أن يسمع كل شاهد على حدة وان يواجه الشهود بعضهم ببعض وأن يضع مأمور الضبط القضائي إمضاءه على الشهادة وكذا الشاهد فإذا امتنع أثبت ذلك في المحضر مع ذكر الأسباب .

٣- منح مأمور الضبط القضائي في مواد المخالفات والجناح سلطة إصدار أمر بضبط الشاهد وإحضاره متى دعى للحضور أمامه ولكنه رفض الامتثال .

٤- ضرورة التدخل التشريعي بوجوب النص على حضور مدافع للمشتبه فيه خلال هذه المرحلة .

٥- النص صراحة على ألا يجوز تحرير محاضر جمع الاستدلالات بمعرفة مساعدى مأمور الضبط القضائي وذلك صونا لحريات الأفراد .

وعلة حصر هذه السلطة في مواد الجناح والمخالفات ان النيابة العامة تستطيع رفع الدعوى الجنائية في هذه المواد بناء على محضر جمع الاستدلالات .

سادسا :- وضع تنظيم يكفل حصر الاستيقاف في إطاره الصحيح بحيث تبين حالاته ومن له سلطة

مباشرة ونرى ألا تقل رتبة من يباشره عن درجة معينة حيث تشير الممارسة العملية إلى استيقاف الأشخاص واقتيادهم عنوة إلى مركز الشرطة وتقييد حرياتهم دون سند من القانون.

سابعا :- تعديل المادة ٣٥ إجراءات جنائية بحيث تتضمن المقصود بالإجراءات التحفظية المشار

إليها، ولستكن استبقاء المتهم لمدة محددة على أن يثبت احتجازه بدفتر مخصص لذلك ويرسل بعد ذلك فورا إلى النيابة العامة المختصة عقب صدور أمرها بالقبض عليه .

ثامنا :- النص صراحة على حظر ندب مأمور الضبط القضائي لمباشرة التفتيش ليلا ذلك أن مباشرة

هذا الإجراء لئلا يتضمن قسوة لا مبرر لها ولا توجد ضرورة لذلك مع امتداد نطاق الحماية الجنائية إلى كافة الأماكن التي يمارس فيها الإنسان أنشطة حرية الفردية المتعددة رغبة في تجنب كل إزعاج قد يعكر صفوه ويخدش خصوصياته .

تاسعا :- النص على حظر مباشرة التفتيش في أماكن الطهارة في الرجل ومواضع العفة في المرأة ،

ذلك أن استطالة التفتيش إلى هذه المواضع بشكل إيذاء معنويا لهم وإن كان بدأ فله الاستعانة بطبيب ليقوم بإجراء هذا .

عاشرا :- ضرورة تدخل المشرع بالنص على حظر الاستجواب المطول وأن يشمل النص على تحديد

أوقات معينة للاستجواب لا يجوز المحقق إجراء الاستجواب على خلافها مع حظر استخدام أى وسيلة من شأنها التأثير على إرادة المستجوب مثل استخدام كلاب الأمن والحراسة .

قائمة المراجع

أولاً : باللغة العربية :-

المؤلفات (بترتيب ابعدي مع حفظ الألقاب)

- ابن منظور (محمد بن مكرم بن علي جمال الدين ابي الفضل) ، لسان العرب ، دار المعارف
- إبراهيم حامد طنطاوى ؛
- جرائم العرض والحياء العام ، دار النهضة العربية ، سنة ٢٠٠٤ .
- شرح قانون الإجراءات الجنائية ، دار النهضة العربية ، سنة ٢٠٠٤ .
- التعليق على حكمى محكمة النقض (الدائرة الجنائية) ، دار النهضة العربية ، سنة ٢٠٠٤ ، رقمى ٨٧٩٢ لسنة ٧٢ ق و ٢٧٣٧٥ لسنة ٧٣ ق .
- أحكام التجريم والعقاب فى قانون تنظيم الاتصالات ، دار النهضة العربية ، سنة ٢٠٠٣ .
- الصلح الجنائى " دراسة مقارنة " ، دار النهضة العربية ، سنة ٢٠٠٠ .
- التحقيق الجنائى من الناحيتين النظرية والعلمية ، دار النهضة العربية ، سنة ١٩٩٩ .
- التحقيق الجنائى ، دار النهضة العربية ، سنة ١٩٩٩ .
- الحبس الاحتياطى ، دار النهضة العربية ، سنة ١٩٩٩ .
- المسؤولية الجنائية عن جنايات السرقة والجرائم الملحقة بالسرقة ، دار النهضة العربية ، سنة ١٩٩٨ .
- الدفع ببطلان أذن النيابة العامة بالتفتيش ، المكتبة القانونية ، سنة ١٩٩٥ .
- التلبس بالجريمة وأثره على الحرية الشخصية ، المكتبة القانونية ، سنة ١٩٩٥ .
- إبراهيم عيد نايل ؛
- المرشد السرى ، دار النهضة العربية ، سنة ١٩٩٠ .

• أحمد إبراهيم بك :

- طرق الإثبات الشرعية " إعداد المستشار واصل علاء الدين أحمد " ،
مكتبة رجال القضاء ، سنة ١٩٨٥ .

• أبو بكر الرازنى :

- مختار الصحاح ، دار القرآن الكريم ، بيروت ، بدون بتاريخ .

• أحمد عبد العزيز الالفى :

- شرح قانون العقوبات ، سنة ١٩٨٨ .

• أحمد شوقى أبو خطوه :-

- قانون العقوبات " القسم الخاص " ، دار النهضة العربية ، سنة ١٩٩٤ .
- الأحكام العامة لقانون العقوبات ، دار النهضة العربية ، سنة ١٩٨٩ .

• أحمد عوض بلال :-

- قاعدة استبعاد الأدلة المتحصلة بطريقة غير شرعية فى الإجراءات
الجنائية ، دار النهضة العربية ، سنة ١٩٩٣ .
- الإجراءات الجنائية المقارنة ، دار النهضة العربية ، سنة ١٩٩٠ .
- الإثم الجنائى " دراسة مقارنة " ، دار النهضة العربية ، سنة ١٩٨٨ .
- علم العقاب " النظرية العامة والتطبيقات " ، دار الثقافة العربية ،
سنة ١٩٨٤ .

• أحمد فتحى سرور :

- الوسيط فى قانون العقوبات " القسم العام " ، دار النهضة العربية ،
سنة ١٩٩٦ .
- الشرعية الدستورية وحقوق الإنسان فى الإجراءات الجنائية ، دار
النهضة العربية ، سنة ١٩٩٣ .
- الوسيط فى قانون العقوبات " القسم العام " ، دار النهضة العربية ،
سنة ١٩٨١ .
- الوسيط فى قانون الإجراءات الجنائية ، دار النهضة العربية ،
سنة ١٩٨٠ .

- الوسيط فى قانون العقوبات " القسم الخاص " ، الشركة المتحدة للتوزيع والنشر، سنة ١٩٧٩ .

- أصول قانون العقوبات " القسم العام " ، دار النهضة العربية ، سنة ١٩٧٢ .

• احمد ماهر زغلول :

- الدفاع المعاون ، مكتبة سيد عبد الله ، سنة ١٩٨٦

• إدوار غالى الذهبى :

- الإجراءات الجنائية فى التشريع المصرى ، دار النهضة العربية ، سنة ١٩٨٠ .

- جرائم المخدرات فى التشريع المصرى ، دار النهضة العربية ، سنة ١٩٧٨ .

• السعيد مصطفى السعيد :

- الأحكام العامة فى قانون العقوبات ، دار النهضة العربية ، سنة ١٩٨١ .

- الأحكام العامة فى قانون العقوبات ، سنة ١٩٦٢ :

- الأحكام العامة فى قانون العقوبات ، دار المعارف ، سنة ١٩٥٧ .

• اسامة عبد الله فايد :

- شرح قانون الإجراءات ، دار النهضة العربية ، سنة ٢٠٠٣ .

- حقوق وضمانات المشتبه فيه فى مرحلة الاستدلالات " دراسة مقارنة " ، دار النهضة العربية ، سنة ١٩٩٠ .

• اسامة احمد شوقى :

- شرح القواعد الإجرائية فى الإثبات ، سنة ١٩٩٧ .

• السيد يسن :

- دراسة تحليلية لتطوير الدفاع الاجتماعى ، دار الفكر العربى ، سنة ١٩٧٣ .

● السيد حسن البغال :

- الظروف المشددة والمخففة فى قانون العقوبات فقهاً وقضاءً ، دار الفكر الحديث ، سنة ١٩٥٧ .

● القطب محمد القطب :

- الإسلام وحقوق الإنسان " دراسة مقارنة " ، سنة ١٩٨٤ .

● امال عبد الرحيم عثمان :

- أصول علم الإجرام والعقاب ، بدون جهة نشر ، ط ١ ، سنة ١٩٩٥ .
- شرح قانون الإجراءات الجنائية ، مطابع الهيئة المصرية العامة ، سنة ١٩٩٠ .

● امين أفندى إبرام البستاني :

- شرح قانون العقوبات المصرى ، مطبعة المحروسة بمصر ، سنة ١٨٩٤

● جلال ثروت :

- نظم الإجراءات الجنائية ، سنة ١٩٩٧
- أصول المحاكمات الجزائية ، بيروت ، سنة ١٩٦٩
- النظرية العامة للقانون الجنائى ، مؤسسة الثقافة الجامعية ، بدون تاريخ

● حسن ربيع :

- الإجراءات الجنائية فى التشريع المصرى ، بدون جهة طبع ، سنة ٢٠٠٠ .

● حسن صادق المرصفاوى :

- أصول الإجراءات الجنائية ، منشأة المعارف ، سنة ١٩٩٦ .
- أصول الإجراءات الجنائية ، منشأة المعارف ، سنة ١٩٨٢
- قانون العقوبات " القسم الخاص " ، منشأة المعارف ، سنة ١٩٧٨
- جرائم الأموال ، مطبعة نهضة مصر ، سنة ١٩٥٦

• حسن عكوشي :

- شرح قانون المخدرات الموحد ، دار الفكر الحديث للطبع والنشر ، ط ٢ ، سنة ١٩٦١ .

• حاتم بكار :

- حماية حق المتهم في محاكمة عادلة ، منشأة المعارف ، بدون تاريخ .

• حسام الدين محمد أحمد :

- الإذن بالتفتيش والضبط ، دار النهضة العربية ، سنة ٢٠٠٣

• حسنى الجندى :

- شرح قانون الإجراءات الجنائية ، دار النهضة العربية ، سنة ٢٠٠١ .
- نية القتل في جريمة القتل العمد ، دار النهضة العربية ، سنة ٢٠٠٠ .
- شرح قانون العقوبات " القسم العام " ، دار النهضة العربية ، سنة ١٩٩٤ .
- فكرة العقوبات التبعية التكميلية وفي الشريعة الإسلامية ، دار النهضة العربية سنة ١٩٩٣ .
- أحكام الدفع ببطلان الاعتراف في ضوء محكمة النقض ، دار النهضة العربية ، سنة ١٩٩٠ .
- جريمة السرقة بين القانون الوضعي والشريعة الإسلامية ، دار النهضة العربية ، سنة ١٩٨٥ .

• حسنين عبيد :

- الوجيز في قانون العقوبات " القسم الخاص " ، دار النهضة العربية ، سنة ١٩٩٧ .

قانون العقوبات " القسم العام " ، دار الفكر العربى ، سنة ١٩٧٦ -

• خالد محمد القاضي :

- روائع الأدب القضائي ، الهيئة المصرية العامة للكتاب ، سنة ٢٠٠٢ .

• رمسيس بهنام :

- الإجراءات الجنائية تأصيلاً وتحليلاً ، منشأة المعارف ، سنة ١٩٨٤ .
- القسم الخاص فى قانون العقوبات ، منشأة المعارف بالإسكندرية ، سنة ١٩٨٢ .
- الإجراءات الجنائية تأصيلاً وتحليلاً ، منشأة المعارف ، سنة ١٩٧٨ .
- النظرية العامة للقانون الجنائى ، دار المعارف بالإسكندرية ، سنة ١٩٦٨ .
- النظرية العامة للقانون الجنائى ، منشأة المعارف ، سنة ١٩٦٥ .

• رؤوف عبيد :

- مبادئ الإجراءات الجنائية ، دار الجيل للطباعة ، سنة ١٩٨٥ .
- التسيير والتخيير بين الفلسفة العامة وفلسفة القانون ، دار الفكر العربى ، سنة ١٩٨٤ .
- أصول عام الإجرام والعقاب ، دار الفكر العربى ، سنة ١٩٨١ .
- علم الإجرام والعقاب ، دار الفكر العربى ، سنة ١٩٨٠ .
- المشكلات العملية الهامة فى الإجراءات الجنائية ، دار الفكر العربى ، سنة ١٩٨٠ .
- مبادئ الإجراءات الجنائية فى القانون المصرى ، دار الجيل للطباعة ، سنة ١٩٧٩ .
- مبادئ القسم العام من التشريع العقابى ، دار الفكر العربى ، سنة ١٩٧٩ .
- جرائم الاعتداء على الأشخاص والأموال ، دار الفكر العربى ، سنة ١٩٧٨ .
- مبادئ القسم العام من التشريع العقابى المصرى ، مطبعة نهضة مصر ، سنة ١٩٧٥ .

• زكريا إبراهيم :

- مشكلات فلسفية ، مكتبة مصر ، سنة ١٩٨١ .

- زين العابدين بن عبد الرحمن بن احمد :
- جامع العلوم والحكم ، مطبعة نهضة مصر ، سنة ١٤٠٦هـ .
- سلوى توفيق - على حموده :
- شرح قانون العقوبات " القسم العام " ، سنة ٢٠٠٠
- سهام مصطفى أبو زيد :
- الحسبة فى مصر الإسلامية ، الهيئة المصرية العامة للكتاب ،
سنة ١٩٨٦
- سعد محمد موسى :
- تطبيقات البحث الجنائى ، مطبعة كلية الشرطة ، سنة ٢٠٠٢ .
- صوفى ابوطالب :
- تطبيق الشريعة الإسلامية فى البلاد العربية ، دار النهضة العربية ،
سنة ١٩٩٣ .
- تاريخ النظم القانونية والاجتماعية ، دار النهضة العربية ، سنة ١٩٨٨ .
- تاريخ القانون المصرى ، دار الفكر العربى ، سنة ١٩٧٨ .
- مبادئ تاريخ القانون ، دار النهضة العربية ، سنة ١٩٦٧ .
- عادل بسيونى :
- الوجيز فى تاريخ النظم القانونية والاجتماعية ، دار الثقافة العربية ،
سنة ٢٠٠٣
- عبد الرحيم صدقى محمد حسنى :
- الوجيز فى قانون العقوبات الخاص المصرى ، بدون جهة نشر ،
سنة ١٩٨٣
- عبد الحميد الشواربى :
- ضمانات المتهم فى مرحلة التحقيق الجنائى ، منشأة المعارف
بالإسكندرية ، سنة ١٩٩٣ .
- ظروف الجريمة المشددة والمخففة ، دار المطبوعات الجامعية ،
سنة ١٩٨٥ .
- المسئولية الجنائية ، منشأة المعارف بالإسكندرية ، بدون تاريخ .

- **عزة الشريف :**
 - دراسات فى التنظيم القانونى للنشاط الضبطى ، دار النهضة العربية ، سنة ١٩٨٩ .
- **عبد الفتاح الصيفى :**
 - تأصيل الإجراءات الجنائية ، بدون جهة نشر ، سنة ٢٠٠٢ .
 - التلبس بالجريمة ، بدون جهة نشر ، سنة ١٩٩١ .
 - قانون العقوبات " القسم الخاص " ، دار المعارف ، سنة ١٩٦٧ .
- **عبد العزيز ابو غنيمه :**
 - الضرورة فى المعاملات فى الفقه الاسلامى ، بدون جهة نشر ، ط ١ ، سنة ١٩٨٨ .
- **عبد الوهاب حومد :**
 - الوسيط فى شرح القانون الجزائى الكويتى ، بدون جهة نشر ، سنة ١٩٨٣ .
- **عمر السعيد رمضان :**
 - بين النظريتين النفسية والمعيارية للأثم ، دار النهضة العربية ، سنة ١٩٩٢ .
 - شرح قانون العقوبات " القسم العام " ، دار النهضة العربية ، بدون تاريخ
 - شرح قانون الإجراءات الجنائية ، دار النهضة العربية ، بدون تاريخ
- **عمر الفاروق الحسينى :**
 - علم الاجرام والعقاب ، بدون جهة نشر ، ط ٢ ، سنة ٢٠٠٠ .
 - تعذيب المتهم لحمله على الاعتراف ، المطبعة العربية الحديثة ، سنة ١٩٨٦ .
- **على احمد راشد :**
 - الجرائم التى تحصل لاحاد الناس ، مكتبة سيد عبد الله وهبه ، سنة ١٩٧٢ .
 - مبادئ القانون الجنائى ، مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر ، ط ٢ ، سنة ١٩٥٠ .

- على احمد راشد ، يسرى أنور على :
- القانون الجنائى " المدخل وأصول النظرية العامة " ، دار النهضة العربية ، سنة ١٩٧٤ .
- شرح النظرية العامة للقانون الجنائى ، دار النهضة العربية ، سنة ١٩٧٣ .
- على عبد القادر القهوجى :
- النذب للتحقيق ، دار الجامعة الجديدة للنشر " الإسكندرية " ، سنة ١٩٩٧ .
- على فضل البوعينين :
- مرحلة الاستدلال والاحكام العامة التى يخضع لها التحقيق الابتدائى فى التشريع البحرى ، دار النهضة العربية ، سنة ٢٠٠٤ .
- على ذكى العربى :
- شرح القسم العام من قانون العقوبات " جرائم القتل والجرح والضرب " ، بدون جهة طبع ، سنة ١٩٢٥ .
- عبد العظيم مرسى وزير :
- شرح قانون العقوبات " القسم العام " - دار النهضة العربية ، سنة ١٩٩٩ .
- شرح قانون العقوبات " القسم العام " جرائم الاعتداء على الأموال ، دار النهضة العربية ، ١٩٩٣ .
- افتراض الخطأ كأساس للمسئولية الجنائية " دراسة مقارنة " ، دار النهضة العربية ، سنة ١٩٨٨ .
- جرائم الأموال ، دار النهضة العربية ، سنة ١٩٨٣ .
- عبد المنعم القوصى :
- المبادئ العلمية لدراسة الإجرام ، دار الفكر العربى ، سنة ٢٠٠٠ .
- عبد المهيمن بكر :
- القسم الخاص فى قانون العقوبات ، دار النهضة العربية ، سنة ١٩٧٧ .
- جرائم الاعتداء على الأشخاص ، دار النهضة العربية ، سنة ١٩٦٦ .

● عوض محمد :

- قانون الإجراءات الجنائية ، مؤسسة الثقافة الجماهيرية ، سنة ١٩٨٩ .
- الأحكام العامة فى قانون الإجراءات الجنائية الليبي ، المكتب المصرى الحديث ، ط ١ ، سنة ١٩٦٨ .
- جرائم المخدرات والتهرب الجمركى والنقدى ، المكتب المصرى الحديث ، ط ١ ، سنة ١٩٦٦ .
- الوجيز فى قانون الإجراءات الجنائية ، دار المطبوعات الجامعية ، بدون تاريخ ، ط ١
- قانون العقوبات " القسم العام " ، دار المطبوعات الجامعية ، بدون تاريخ
- جرائم الأشخاص والأموال ، بدون دار نشر و تاريخ .

● عاطف فؤاد صحصاح :

- الوجيز فى تأديب أعضاء هيئة الشرطة ، دار منصور للطباعة ، سنة ٢٠٠٠ .

● عبد العزيز محمد سرحان :

- الاتفاقية الأوروبية لحماية حقوق الإنسان الأساسية ، دار النهضة العربية ، سنة ١٩٦٦

● عدل عبد الباقي :

- شرح قانون الإجراءات الجنائية ، المطبعة العالمية ، سنة ١٩٥١

● عبد الواحد إمام مرسى :

- التحقيق الجنائى علم وفن بين النظرية والتطبيق ، بدون دار نشر وتاريخ

● عبد الرؤوف المهدي :

- القواعد العامة للإجراءات الجنائية ، دار النهضة العربية ، سنة ١٩٩٩

● فوزية عبد الستار :

- شرح قانون العقوبات " القسم الخاص " ، دار النهضة العربية ، سنة ٢٠٠٠ .

- شرح قانون العقوبات " القسم العام " ، دار النهضة العربية ، سنة ١٩٩٢ .
- النظرية العامة للخطأ غير العمدى ، دار النهضة العربية ، سنة ١٩٧٧ .
- شرح قانون الإجراءات الجنائية ، دار النهضة العربية ، سنة ١٩٧٧ .
- شرح قانون أصول المحاكمات الجنائية اللبنانية ، دار النهضة العربية " بيروت " ، سنة ١٩٧٥ .
- قدري عبد الفتاح الشهاوى :
 - ضوابط السلطة الشرطية ، منشأة المعارف بالإسكندرية ، سنة ١٩٩٩ .
- مأمون محمد سلامة :
 - الإجراءات الجنائية فى التشريع المصرى ، دار الفكر العربى ، سنة ١٩٨٨ .
 - قانون العقوبات " القسم العام " ، دار الفكر العربى ، ط ٤ ، سنة ١٩٨٤ .
 - قانون العقوبات " القسم الخاص " - جرائم الاعتداء على الأشخاص والأموال ، دار الفكر العربى ، ١٩٨٣ .
 - قانون الإجراءات " معلقا عليه بالفقه والقضاء " ، دار الفكر العربى ، سنة ١٩٨٠ .
- محمد أبو العلا عقيدة :
 - شرح قانون الإجراءات الجنائية ، دار النهضة العربية ، ط ٢ ، سنة ٢٠٠١ .
- محمد الحبيب محمد أمين السمالوطى :
 - محاضرات فى تاريخ النظم القانونية والاجتماعية ، بدون جهة نشر ، سنة ٢٠٠٣ .
- محمد السعيد عبد الفتاح :
 - أثر الإكراه على الإرادة فى المواد الجنائية " دراسة مقارنة " ، دار النهضة العربية ، سنة ٢٠٠٢ .

● محمد محي الدين عوض :

- قانون الإجراءات الجنائية السوداني ، مطبعة جامعة القاهرة ، الكتاب الجامعي ، سنة ١٩٨٠ .

- قانون العقوبات السوداني " معلقاً على نصوصها " ، مطبعة جامعة القاهرة ، سنة ١٩٧٩

● محمد حافظ غانم :

- المنظمات الدولية ، مطبعة نهضة مصر ، ط ٢ ، سنة ١٩٥٧ .

● محمد صبحي نجم :

- الوجيز في قانون المحاكمات الجزائية الاردني ، مكتبة دار الثقافة ، ط ١ ، سنة ١٩٩١ .

● محمد مصطفى القللي :

- المسئولية الجنائية ، مطبعة جامعة فؤاد الأول ، القاهرة ، سنة ١٩٤٨ .

● محمد زكي أبو عامر :

- قانون العقوبات " القسم العام " ، دار المطبوعات الجامعية ، ١٩٨٦ .

- الإجراءات الجنائية ، دار المطبوعات الجامعية ، سنة ١٩٨٤ .

- الإثبات في المواد الجنائية ، الفنية للطباعة والنشر ، بدون تاريخ .

● محمد سامي النبراوي :

- شرح الأحكام العامة لقانون العقوبات الليبي ، جامعة قاريونس بنغازي ، ط ٣ ، سنة ١٩٩٥

● محمد علي السالم عياد الحلبي :

- شرح قانون العقوبات الاردني " القسم العام " ، مكتبة بغداد للنشر والتوزيع ، ط ١ ، سنة ١٩٩٣ .

● محمد كامل عبيد :

- استقلال القضاء " دراسة مقارنة " ، بدون جهة طبع ، سنة ١٩٩١ .

● محمود جمال الدين زكى :

- الوجيز فى النظرية العامة للالتزام فى القانون المدنى المصرى ، مطبعة جامعة القاهرة ، سنة ١٩٧٨

● محمود سلامة زفانتى :

- موجز تاريخ القانون المصرى ، بدون جهة نشر ، سنة ١٩٨٦ .
- تاريخ النظم الاجتماعية والقانونية ، دار النهضة العربية ، سنة ١٩٧٦ .

● محمود محمود مصطفى :

- الإثبات فى المواد الجنائية ، دار النهضة العربية ، ١٩٧٧ .
- شرح قانون العقوبات " القسم العام " ، مطبعة جامعة القاهرة ، ط ٧ ، سنة ١٩٧٤ .
- أصول قانون العقوبات فى الدول العربية ، دار النهضة العربية ، ط ١ ، سنة ١٩٧٠ .

● محمود نجيب حسنى :

- النظرية العامة للقصد الجنائى ، دار النهضة العربية ، ط ٣ ، سنة ١٩٨٨ .
- شرح قانون العقوبات " القسم الخاص " ، دار نافع للطباعة والنشر ، سنة ١٩٨٧ .
- مدخل للفقّة الجنائى الاسلامى ، دار النهضة العربية ، سنة ١٩٨٤ .
- شرح قانون الإجراءات الجنائية ، دار النهضة العربية ، سنة ١٩٨٢ .
- شرح قانون العقوبات اللبنانى ، " بيروت " ، ط ٢ ، سنة ١٩٧٥ .
- علم العقاب ، دار النهضة العربية ، ط ٣ ، سنة ١٩٧٣ .
- المساهمة الجنائية فى التشريعات العربية ، محاضرات القاها على طلبة قسم الدراسات القانونية بمعهد الدراسات العربية " جامعة الدول العربية " ، سنة ١٩٦٠ .
- شرح قانون العقوبات " القسم العام " ، دار النهضة العربية ، بدون تاريخ .

- محمود كبيش :
- تأكيد الحريات والحقوق الفردية فى الإجراءات الجنائية ، دار النهضة العربية ، بدون جهة نشر
- مدحت رمضان :
- الوجيز فى شرح قانون الإجراءات الجنائية الاتحادى لدولة الإمارات العربية المتحدة ، دار النهضة العربية ، سنة ٢٠٠٠ .
- مصطفى مجدى هرجة :
- التعليق على قانون العقوبات فى ضوء الفقه والقضاء ، بدون جهة نشر ، سنة ١٩٩١
- نبيل مدحت سالم :
- شرح قانون الإجراءات الجنائية ، دار الثقافة الجامعية ، ط ٧ ، سنة ١٩٩٢ .
- نعيم عطية :
- النظرية العامة للحريات الفردية ، الدار القومية للطباعة والنشر ، سنة ١٩٦٥ .
- هلال عبد الله أحمد :
- شرح قانون العقوبات " القسم العام " ، بدون جهة نشر ، سنة ٢٠٠٢
- المركز القانونى للمتهم فى مرحلة التحقيق الابتدائى ، دار النهضة العربية ، ط ١ ، ١٩٨٩
- هشام محمد فريد :
- أصول علم الإجرام والعقاب ، بدون جهة نشر ، سنة ٢٠٠٣ .
- الدعائم الفلسفية للمسئولية الجنائية ، دار النهضة العربية ، بدون تاريخ

رسائل الدكتوراه :

- إبراهيم حامد الغماز :
 - الشهادة كدليل إثبات في المواد الجنائية ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، سنة ١٩٨٠ .
- إبراهيم حامد طنطاوى :
 - سلطات مأمور الضبط القضائي ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، سنة ١٩٩٢ .
- إبراهيم ذكى اخنوخ :
 - حالة الضرورة في قانون العقوبات ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، سنة ١٩٨٤ .
- أحمد أبو القاسم أحمد :
 - الدليل الجنائي المادى ، جامعة القاهرة ، سنة ١٩٩٠ .
- أحمد إدريس أحمد :
 - افتراض براءة المتهم ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، سنة ١٩٨٤ .
- أحمد كامل موسى :
 - الحماية الجنائية لأسرار المهنة في التشريع المصرى المقارن ، جامعة القاهرة ، سنة ١٩٨٠ .
- أحمد محمد خليفة :
 - النظرية العامة للتجريم ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، سنة ١٩٥٩ .
- إسماعيل محمد سلامة :
 - الحبس الاحتياطى ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، سنة ١٩٨٣ .
- حامد عبد الحكيم محمود راشد :
 - الحماية الجنائية للحق فى حرمة المسكن ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، سنة ١٩٨٧ .

- حسن على حسن السعنى :
- شرعية الأدلة المستمدة من الوسائل العلمية ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، سنة ١٩٨٣ .
- حسن صادق المرصفاوى :
- الحبس الاحتياطى وضمان حرمة الفرد فى التشريع المصرى ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، ١٩٥٤ .
- حسن محمد علوب :
- استعانة المتهم بمحامى فى القانون المقارن ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، سنة ١٩٧٠ .
- حسنين إبراهيم صالح عبيد :
- النظرية العامة للظروف المخففة ، كلية الحقوق - جامعة القاهرة ، سنة ١٩٧٠ .
- ذنون أحمد الرجيبو :
- النظرية العامة للإكراه والضرورة ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، سنة ١٩٨٦ .
- رياض رزق الله شمس :
- الحرية الشخصية فى التشريع الجنائى المصرى ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، سنة ١٩٣٤ .
- سامى حسنى الحسينى :
- النظرية العامة للتفتيش ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، سنة ١٩٧٢ .
- سامى صادق الملا :
- اعتراف المتهم ، كلية الحقوق ، جامعة عين شمس ، سنة ١٩٦٨ .
- عادل عاشر :
- النظرية العامة فى ظروف الجريمة ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، سنة ١٩٦٦ .
- عادل عبد الله خميس العمرى :
- ندب مأمور الضبط القضائى لتحقيق فى القانون المصرى والاماراتى ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، سنة ٢٠٠١ .

- على حموده على حموده :
- النظرية العامة فى تسبيب الحكم الجنائى ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، سنة ١٩٩٤ .
- عبد الحافظ عبد الهادى :
- الإثبات الجنائى بالقرائن ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، سنة ١٩٨٩ .
- عبد الرحمن حسين على :
- أثر الجهل أو الغلط فى القانون على المسئولية الجنائية ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، سنة ١٩٨٤ .
- عبد الوهاب العشماوى :
- حماية الخصومة الجنائية من تأثير النشر ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، سنة ١٩٥٣ .
- عبد الوهاب عمر البطراوى :
- النظرية العامة لجريمة الزنا ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، سنة ١٩٨٨ .
- عزت الدسوقي :
- قبول الدعوى الجنائية بين النظرية والتطبيق ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، سنة ١٩٨٦ .
- عصام زكريا عبد العزيز :
- حقوق الإنسان فى الضبط القضائى ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، سنة ٢٠٠١ .
- فهد إبراهيم السبهان :
- استجواب المتهم " رسالة ماجستير " ، كلية الحقوق ، جامعة المنصورة ، سنة ١٩٩٥ .
- قدرى عبد الفتاح الشهاوى :
- أعمال الشرطة ومسئوليتها إداريا وجنائيا ، كلية الحقوق ، جامعة الإسكندرية ، سنة ١٩٦٨ .
- ماجدة فؤاد محمود :
- الظروف المشددة " دراسة مقارنة " ، كلية الحقوق ، جامعة عين شمس ، سنة ١٩٨٨ .

- محمد عودة ذياب الجبور :
- الاختصاص القضائي لمأمور الضبط ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ،
سنة ١٩٨١ .
- محمد عادل احمد :
- السرقة الحدية فى الشريعة الإسلامية ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ،
سنة ١٩٨٦ .
- محمد سامى النبراوى :
- استجواب المتهم ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، سنة ١٩٦٨ .
- محمد محمد سيف :
- الحماية الجنائية لحقوق المتهم ، كلية الحقوق ، جامعة عين شمس ،
سنة ١٩٩٠ .
- مجدى احمد فتح الله حسن :
- فاعلية الأداء الضبطى لرجال الشرطة ، كلية الدراسات العليا - اكاديمية
الشرطة ، سنة ٢٠٠٢ .
- ممدوح إبراهيم السبكى :
- حدود سلطات مأمور الضبط القضائي فى التحقيق ، دار النهضة
العربية ، سنة ١٩٩٨ .
- ممدوح خليل بحر :
- حماية الحياة الخاصة فى القانون الجنائي " دراسة مقارنة " ،
دار النهضة العربية ، سنة ١٩٨٣ .
- هلال عبد الله احمد :
- النظرية العامة للإثبات فى المواد الجنائية ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة
، سنة ١٩٨٤ .
- وجيه محمد خيال :
- أثر الشذوذ العقلى والعصبى فى المسئولية الجنائية ، كلية الحقوق ،
جامعة عين شمس ، سنة ١٩٨٣ .

المقالات والأبحاث:

● أحمد إبراهيم:

- طرق الإثبات الشرعية ، كلية الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية ،
س ١ ، سنة ١٩٤٣

● أحمد عبد العزيز الالفى:

- الحبس الاحتياطي " دراسة إحصائية و بحث ميداني " ، المجلة الجنائية
القومية نوفمبر سنة ١٩٦٦ ، العدد الثالث .

● أحمد فتحي سرور:

- مراقبة المكالمات التليفونية ، المجلة الجنائية القومية ، مارس - يوليو -
نوفمبر سنة ١٩٩٧ ، العدد الأول والثاني والثالث .
- نظرية الخطورة الاجرامية ، مجلة القانون والاقتصاد ، سنة ١٩٦٦
- أثر التفتيش الباطل " مقارنة بين اتجاهات كل من القضائيين الأمريكى
والمصرى " ، المجلة الجنائية القومية .

● أحمد محمد خليفة:

- مصل الحقيقة وجهاز كشف الكذب ، المجلة الجنائية القومية ، المجلد
الأول ، مارس سنة ١٩٨٥ ، العدد الأول .

● ادوار غالى الذهبى:

- التعدى على سرية المراسلات ، المجلة الجنائية القومية ، يوليو سنة
١٩٦٦ ، العدد الثانى .

● آمال عبد الرحيم عثمان:

- النموذج القانونى للجريمة ، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ، س ١٤
، سنة ١٩٧٢ ، العدد الأول .

● بهاء الدين إبراهيم محمد:

- وسائل البحث والتحقيق عند الفراعنة ، مجلة الامن العام ، س ٧ ، سنة
١٩٦٤ ، العدد ٢٦ .

• حسن صادق المرصفاوى:

- الإشراف القضائى على التحقيق " دراسة ميدانية " ، المجلة الجنائية القومية ، يوليو - نوفمبر سنة ١٩٧٧ ، العدد الثانى والثالث .
- معايير القبض " دراسة ميدانية " ، المجلة الجنائية القومية ، المجلد الثالث عشر ، مارس سنة ١٩٧٠ ، العدد الأول .
- الجوانب العملية فى التحقيق الجنائى ، المجلة الجنائية القومية ، سنة ١٩٦٨ ، العدد الثالث.
- الأساليب الحديثة فى التحقيق الجنائى ، المجلة الجنائية القومية ، المجلد العاشر ، مارس سنة ١٩٦٧ ، العدد الأول.

• رؤف عبيد:

- نوع بطلان التفتيش فى القانون المصرى ، المجلة الجنائية القومية ، سنة ١٩٦٠ ، العدد الأول
- بحث فى القانون الجنائى عند الفراعنة ، المجلة الجنائية القومية ، المجلد الأول ، العدد الثالث
- بين القبض على المتهمين واستيفافهم فى التشريع المصرى ، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ، يناير سنة ١٩٦٢ .

• رمسيس بهنام:

- الاتجاه الحديث فى نظرية الفاعل والفعل والمسئولية ، مجلة كلية الحقوق ، سنة ١٩٥٩ ، العدد الثالث والرابع .
- فى نظرية الفعل والفاعل والمسئولية ، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية ، سنة ١٩٦١ ، العدد الثالث .
- مشكلة تعويض المجنى عليه فى الجريمة ، بحث مقدم للمؤتمر الثانى للجمعية المصرية للقانون الجنائى عن حقوق المجنى عليه فى الإجراءات الجنائية ، سنة ١٩٨٩

• زين العابدين سليم:

- طريقة مقترحة للكشف عن الجرائم فى مرحلة الاستدلال ، المجلة الجنائية القومية ، مارس سنة ١٩٧٠ ، العدد الأول .

● سامى صادق :

- حجية استعراف الكلاب الشرطية أمام القضاء ، المجلة الجنائية القومية ، مارس سنة ١٩٧٤ ، العدد الأول .

● سعد جبالى عبد الرحيم :

- مدى تأثير الجريمة والعقوبة بالعوامل الداخلة عليها بين الفقه الاسلامى والقانون الوضعى ، " حقوق أسبوط " مجلة الدراسات القانونية ، سنة ١٩٩٩ ، العدد ٢٢

● طارق محمد غزالى :

- دراسة مقارنة تطبيقية بين الشريعة الإسلامية والنظريتين النفسية والمعيارية مجلة القانون والاقتصاد ، س ٦٤ ، سنة ١٩٩٤ .

● عادل بسيونى :

- الأصول التاريخية والفلسفية لحقوق الإنسان ، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية - جامعة المنوفية ، س ٤ ، أكتوبر سنة ١٩٩٥ ، العدد الثامن .

● عادل حافظ غانم :

- الخبرة فى مجال الإثبات الجنائى ، مجلة الأمن العام ، سنة ١٩٦٨ ، العدد الثالث والأربعين .

● عبد الحميد جمال الدين

- الشرعية الجنائية فى الشريعة الإسلامية ، المجلة الجنائية القومية ، س ١٩ ، سنة ١٩٧٦ ، العدد الأول والثانى .

● عبد الرؤوف مهدى :

- الإرادة بين النظرية العامة للجريمة والنظرية العامة للمسئولية الجنائية ، المجلة الجنائية القومية ، نوفمبر سنة ١٩٧٦ العدد الثالث .

● عز الدين فوده :

- الضمانات الدولية لحقوق الإنسان ، المجلة المصرية للقانون الدولى ، بدون سنة .

● على احمد راشد :

- التلاحم بين الشريعة الإسلامية والتشريع الوضعى فى المجال الجنائى ،
مجلة مصر المعاصرة ، س ٦٦ ، سنة ١٩٧٥ ، العدد ٣٦٢ .
- عن الإرادة والعمد والخطأ والسببية فى نطاق المسئولية الجنائية ، مجلة
العلوم القانونية والاقتصادية ، س ٨ ، سنة ١٩٦٦ ، العدد الأول .
- عن الدفاع الاجتماعى ، مجلة مصر المعاصرة ، س ٥٧ ، سنة ١٩٦٦ ،
العدد ٣٢٦ .

● عمر السعيد رمضان :

- بين النظريتين النفسية والمعيارية للاثم ، بحث فى طبيعة الركن
المعنوى ، مجلة القانون الاقتصاد ، سنة ١٩٦٤ ، العدد الثالث .

● عمرو ابراهيم الوقاد :

- الحماية الجنائية للحقوق المادية للإنسان ، مجلة روح القوانين ، سنة
١٩٩٤ ، العدد العاشر .

● فخرى عبد الرازق الحدينى :

- مؤسسات العدالة الجنائية فى التشريع الاسلامى ، سلسلة الدفاع
الاجتماعى ، سنة ١٩٨٢ ، العدد الرابع

● مأمون محمد سلامة :

- الأحكام العامة للمسئولية الجنائية " دراسة للفقهاء الوضعى مقارنا بالفقهاء
الاسلامى " ، مجلة القانون والاقتصاد ، مطبعة جامعة القاهرة ، سنة
١٩٨٣ .

- العقوبة وخصائصها فى التشريع الاسلامى ، مجلة القانون والاقتصاد ،
س ٤٨ ، سنة ١٩٧٨ ، العدد الأول .

● محمد ابراهيم زيد :

- استخدام الأساليب الفنية الحديثة فى التحقيق الجنائى ، المجلة الجنائية
القومية ، المجلد العاشر ، سنة ١٩٦٧ ، العدد الأول .

● محمد على محجوب :

- الإكراه بين الشريعة والقانون ، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ،
س ٢٤ يناير ويوليو سنة ١٩٨٢ ، العدد الأول والثانى .

● محمد أحمد مكين :

- أركان وشروط الإكراه " دراسة مقارنة بالشريعة الإسلامية " ، المجلة
الجنائية والاقتصادية ، جامعة الزقازيق ، سنة ١٩٩٣ ، العدد الأول .

● محمد بدر النياوى :

- الإطار العام لمعالجة حقوق الإنسان فى نطاق الدعوى الجنائية ، المجلة
الجنائية القومية ، مارس - يوليو - نوفمبر سنة ١٩٩٧ ، العدد الأول
والثانى والثالث .

- تاريخ القانون الفرعونى ، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ، س ١٩ ،
سنة ١٩٧٧ ، العدد الثانى .

● محمد زكريا البرديسى :

- الإكراه بين الشريعة والقانون ، مجلة القانون والاقتصاد ، سنة ١٩٦٠ ،
العدد الأول .

● محمد شتا أبو سعد :

- مفهوم القوة القاهرة ، مجلة مصر المعاصرة ، س ٧٤ ، سنة ١٩٨٣ ،
العدد ٣٩٣ .

● محمد محى الدين عوض :

- حقوق المجنى عليه فى الدعوى العمومية ، بحث مقدم الى المؤتمر
الثالث للجمعية المصرية للقانون الجنائى ، القاهرة الفترة من ١٢ - ١٤
مارس سنة ١٩٨٩ .

● محمد عمر مصطفى :

- الجريمة وعدد أركانها ، مجلة القانون والاقتصاد ، مارس سنة ١٩٦٦
- النتيجة وعناصر الجريمة ، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ، س ٧
يوليو سنة ١٩٦٥ ، العدد الثانى .

● محمود محمود مصطفى :

- حقوق الإنسان فى الإجراءات الجنائية خلال مائة عام ، مجلة القانون والاقتصاد ، مطبعة جامعة القاهرة ، سنة ١٩٨٣
- اعتراف المتهم ، مجلة الحقوق ، ديسمبر سنة ١٩٤٨ ، العدد الرابع .
- سرية التحقيقات الجنائية وحقوق الدفاع ، مجلة القانون والاقتصاد ، س ١٧ ، سنة ١٩٤٧ ، العدد الأول .

● محمود نجيب حسنى :

- المسؤولية الجنائية عن الامتناع ، بحث مقدم إلى المؤتمر الدولى الثالث عشر لقانون العقوبات الذى عقد فى القاهرة من ١ - ٧ أكتوبر سنة ١٩٨٤ .

● نعيم عطية :

- حق المتهم فى الصمت ، مجلة الأمن العام ، يوليو سنة ١٩٦٧ ، العدد ٦٤ .

مؤلفات الشريعة الإسلامية :

١- القرآن الكريم :

- تفسير القرآن الكريم :

- للإمام الحافظ أبي الفداء إسماعيل ابن كثير القرشي الدمشقي ، المتوفى ٧٧ هـ ، دار الحديث " القاهرة "

- الجامع لأحكام القرآن :

- لمحمد بن أحمد الانصاري القرطبي ، المتوفى سنة ٦٧١ هـ ، دار الكتب المصرية ، سنة ١٩٥٠ م .

- جامع البيان عن تأويل القرآن

- لأبي جعفر محمد بن جرير الطبري ، المتوفى سنة ٣١٠ هـ ، دار المعارف " بمصر " ، سنة ١٩٥٧ م .

٢- كتب الحديث وعلوم الحديث

- سنن ابن ماجه :

- لأبي عبد الله محمد بن يزيد بن ماجه القزويني ، المتوفى سنة ٢٧٣ هـ ، المطبعة التجارية ، القاهرة ، سنة ١٩٢٨

- سنن أبي داود :

- أبي داود سليمان ابن الأشعث السجستاني الأزدي المتوفى ١١٨٢ هـ ، دار الجبل " بيروت "

- الجامع الصحيح وهو سنن الترمذي :

- لأبي عيسى محمد بن عيسى بن سورة ، المتوفى سنة ٢٩٧ هـ ، مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر ، ط ١ ، ١٩٦٢ م

- شرح الزرقاني على الموطأ :

- لأبي عبد الله محمد بن عبد الباقي الزرقاني ، المتوفى سنة ١١٢ هـ ، مطبعة مصطفى محمد الحلبي بمصر ، سنة ١٩٣٦ هـ

• رياض الصالحين :

- ابي زكريا يحيى بن شرف النووى الدمشقى ، المتوفى سنة ٦٧٦ هـ ،
المكتبة العتيقة "دار التراث" ، ط ١ ، سنة ١٩٧٩ م .

• صحيح البخارى :

- لابسى عبد الله محمد بن إسماعيل البخارى ، المتوفى سنة ٢٥٦ هـ
مطبوع بهامش "فتح البارى" ، المطبعة الخيرية بمصر ، ط ١ ،
سنة ١٣١٩ هـ ،

• شرح بلوغ المرام من مجمع أدلة الأحكام :

- للحافظ أحمد بن على محمد العسقلانى المعروف بابن حجر العسقلانى ،
٧٧٣ - ٨٥٢ هـ ، مطبعة مصطفى البابى الحلبي ، سنة ١٩٦٠ .

• فتح البارى شرح صحيح البخارى :

- لشهاب الدين ابي الفضل أحمد بن على العسقلانى ، المتوفى سنة ٨٥٢ هـ ،
مطبعة مصطفى الحلبي بمصر ، سنة ١٩٥٩ م

• نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأخيار :

- محمد بن على بن محمد الشوكانى ، المتوفى ١٢٥٠ هـ ، مكتبة
الكلية الأزهرية .

٣. كتب الفقه :

المذهب الحنفى

• الاشباه والنظائر

- زين الدين بن ابراهيم بن نجيم ، المتوفى سنة ٩٧٠ هـ ، مؤسسة
الجلى وشركاه للنشر والتوزيع ، سنة ١٩٦٨ م .

• البحر الرائق شرح كنز الدقائق

- لزين الدين بن ابراهيم بن نجيم ، المتوفى سنة ٩٧٠ هـ ، المطبعة
العلمية " القاهرة " ، ط ١ ، ١٣١١ هـ .

● المبسوط :

- لابی محمد بن أحمد بن سهل السرخسی ، المتوفى سنة ٤٩٠ هـ ،
دار المعارف للطباعة والنشر ، بیروت .

● بدائع الصنائع فی ترتیب الشرائع :

- علاء الدین ابی بکر بن مسعود الکاسانی الحنفی ، المتوفى سنة ٥٨٧ هـ ، ط ٢ ، دار الكتاب العربی " بیروت " سنة ١٩٨٢ م

● تبیین الحقائق شرح کنز الدقائق :

- لفخر الدین عثمان بن علی الزیلعی ، المتوفى سنة ٧٤٣ هـ ، المطبعة الأميرية ، ط ١ ، سنة ١٩١٠ م

● شرح فتح القدير :

- کمال الدین محمد بن عبد الواحد السیواسی ، المتوفى سنة ٦٨١ هـ ،
مطبعة مصطفى البابلی الحلبي وأولاده بمصر ، ...

● معین الأحكام فیما یتردد بین الخصمین من الأحكام

- علاء الدین أبی الحسن علی بن خلیل الطرابلسی ، المتوفى سنة ٨٤٤ هـ ،
المطبعة الأميرية " القاهرة " ، سنة ١٣٠٠ هـ

المذهب المالکی :

● الأحكام فی تمييز الفتاوى عن الأحكام وتصرفات القاضی والإمام

- لشهاب الدین ابی العباسی احمد ابن ادريس القرافي ، مطبعة الانوار ،
سنة ١٩٣٨ م

● المنتقى شرح الموطأ

- لابن الوليد سليمان بن خلف الباجی ، المتوفى سنة ٤٩٤ هـ ،
مطبعة السعادة " القاهرة " ، ط ١ ، سنة ١٣٣٢ هـ .

● بداية الجتهد ونهاية المقتصد :

- محمد بن احمد بن رشد القرطبي ، المتوفى ٥٩٥ هـ ، ط ١ ،
مطبعة محمد علی صبيح الأزهر .

● تبصرة الحكام فى اصول الاقضية ومناهج الأحكام :

- برهان الدين إبراهيم بن على بن فرحون ، المتوفى سنة ٧٩٩ هـ
مطبوع بهامش فتح العلى المالك ، مطبعة مصطفى الحلبي ،
سنة ١٩٥٨ م .

● حاشية الدسوقي على الشرح الكبير :

- لشمس الدين محمد عرفه الدسوقي ، مطبعة عيسى الحلبي .

المذهب الشافعى :

● الاشباه والنظائر الفقهية :

- لجلال الدين عبد الرحمن السيوطى ، المتوفى سنة ٩١١ هـ ،
مطبعة عيسى الحلبي " القاهرة " .

● الام :

- أبى عبد الله محمد ابن ادريس الشافعى ، المتوفى سنة ٢٠٤ هـ ،
مطبعة دار الشعب " القاهرة " ، سنة ١٩٦٨ م .

● المذهب :

- لأبى اسحاق إبراهيم بن على بن يوسف الشيرازى ، المتوفى سنة ٤٧٦ هـ ،
مطبعة مصطفى البابلى الحلبي ، سنة ١٩٧٧ .

● مغنى المحتاج الى معرفة معانى الفاظ المنهاج .

- لمحمد بن محمد بن احمد الشربيني الخطيب ، المتوفى ٩٧٧ هـ ،
مطبعة مصطفى محمد " بمصر " .

● اسنى المطالب فى شرح روض الطالب :

- لأبى يحيى زكريا بن محمد بن زكريا الانصارى ، مطبعة القاهرة ،
سنة ١٣١٣ هـ .

المذهب الحنبلى

• اعلام الموقعين عن رب العالمين :

- لآبى عبد الله محمد ابن بكر الزرعى الدمشقى ، المتوفى سنة ٧٥١ هـ ،
المطبعة التجارية " القاهرة " ط ١ ، ١٩٥٥ م

• الاقتناع :

- ابنى النجا شرف الدين موسى الحجاوى المقدسى ، المتوفى ٩٦٨ هـ
دار المعرفة " للطباعة والنشر " بيروت " ، بدون تاريخ

• الشرح الكبير :

- شمس الدين ابنى الفرج عبد الرحمن بن ابنى عمر محمد بن احمد ،
المتوفى سنة ٦٨٢ هـ ، دار الكتاب العربى " للنشر والتوزيع "
سنة ١٩٨٣ م

• المفتى :

- موفق الدين ابنى محمد عبد الله بن احمد بن محمود قدامه ، المتوفى سنة
٦٣٠ هـ ، دار الكتاب العربى للنشر والتوزيع ، سنة ١٩٨٣ م.

هـ . المذهب الأخرى :

المذهب الظاهرى

• المحلى :

- ابنى محمد على بن احمد بن سعيد بن حزم ، المتوفى سنة ٤٥٦ هـ ،
دار الآفاق الجديدة " بيروت " ..

الشيعة الذبيدية :

• البحر الزخاد

- لاحمد بن يحيى المرتضى ، المتوفى سنة ٨٤٠ هـ ، مطبعة السنة
المحمدية ، ط ١ ، سنة ١٩٤٨ م
المراجع فى الشريعة الإسلامية .

الأحكام السلطانية والولايات المدنية ، أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب البصري ،
دار الكتب الفلسفية " بيروت " ، بدون سنة .

● الحاوي الكبير

- أبى الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي ، المتوفى ٤٥٠ هـ ،
دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع ، بدون سنة .

● القوانين الفقهية :

- لابن جزى ، المكتبة الثقافية " بيروت " ، بدون سنة .

● البناية في سرح الهداية :

- لأبى محمد محمود بن أحمد الغينى ، دار الفكر للطباعة والنشر
والتوزيع ، بدون سنة .

● العقوبة في الفقة الاسلامى : دراسة مقارنة

- أحمد فتحى بهنسى ، مكتبة دار العروبة ، سنة ١٩٨٦ .

● نظريات في الفقة الجنائى الإسلامى :

- أحمد فتحى بهنسى ، دار الشروق ، سنة ١٩٨٦ .

● التعزير بالحبس في الشريعة الإسلامية :

- اشرف عبد الرازق ويح ، بدون جهة نشر وتاريخ .

● فقة السنة

- السيد سابق ، الفتح للإعلام العربى ، ط ٢ ، سنة ١٩٩٩ م

● تحفة الفقهاء :

- علاء الدين السمرقندى ، المتوفى سنة ٥٣٩ هـ ، دار الكتب العلمية " بيروت " ، بدون جهة

● الضرورة في المعاملات في الفقة الاسلامى :

- عبد العزيز أبو غنيمة ، بدون جهة نشر ، ط ١ ، سنة ١٩٨٨ .

- تبیین المسالك لتدريب السالك إلى اقرب المسالك :
- عبد العزيز حمد آل مبارك الاحسانى ، دار العرب الاسلامى ، ط ١ ، سنة ١٩٩١ .
- التنظيم القضائى الاسلامى :
- حامد محمد أبو طالب ، بدون جهة نشر ، ط ١ ، سنة ١٩٨٢ .
- التشريع الجنائى الاسلامى مقارنا بالقانون الوضعى
- عبد القادر عودة ، مكتبة دار التراث " القاهرة " ، بدون سنة .
- التكاليف الشرعية :
- عبد الحميد ميهوب ، دار الكتاب الجامعى ، ط ١ ، سنة ١٩٨٠ م .
- اصول الفقه :
- عبد الحميد ميهوب ، دار الطباعة المحمدية ، ط ٣ ، سنة ١٩٨٨ .
- دراسات فى الفقه الجنائى الاسلامى :
- عوض محمد ، دار المطبوعات الجامعية ، بدون سنة
- الجريمة والعقوبة فى الشريعة الاسلامية :
- محمد أبو زهرة ، دار الفكر العربى ، بدون سنة
- نظرية الضرورة فى الفقه الجنائى الاسلامى والقانون الجنائى الوضعى .
- يوسف قاسم ، دار النهضة العربية ، سنة ١٩٩٣

و. المجلات الدورية والمجموعات :

- مجلة الأمن العام
- المجلة الجنائية القومية
- مجلة مصر المعاصرة
- مجلة العلوم القانونية والاقتصادية
- مجلة الحقوق
- مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية
- المجلة المصرية للقانون الدولي
- مجلة القانون والاقتصاد
- مجلة روح القوانين
- المجلة الجنائية والاقتصادية
- المجلة العربية للفقّة والقضاء
- المجلة العربية للدفاع الاجتماعى
- مجموعة الربع قرن " القواعد القانونية التى قررتها محكمة النقض فى المواد الجنائية .
- المستحدث فى أحكام محكمة النقض المصرية . مكتب محكمة النقض .

ثانيا : المراجع الفرنسية :-

- *AGULHON (A) :*
 - MANEL Pratique du Juge d'instruction, paris, 1924
- *Blondet (M) :*
 - La légalité de l'enquête officieuse, J. G.P. 1955 . 1 . 1233
 - Reperatoire de droit pénal et de procédure pénale, Dalloz, paris , 2 én ed . 1968
- *Besson (A) :*
 - La police Judiciaire et la cadre de procédure pénalé, D. 1958
- *Barricand (Jacques) et Simon (Anne – Marie) :*
 - droit pénal , procédure pénal , dalloz , 2 éd , 2000
- *Bouloc (B) :*
 - L'acte d'instruction, paris , 1950
- *Beccaria, :*
 - des délits et des peines traduction France. ed, flammanion. 1979
- *CAPOGNE (M.N.) :*
 - droit pénal général , L'Hermès, 2 édition 1939
- *Conte (p) et chambon (P.M) :*
 - procédure pénale, armand colin , 3 éd , 2001.
- *Champon (p) le Juge :*
 - D'instruction, paris , 1972.

- *Canim (P) :*
 - Droit pénal général, Hachette, 2000
- *Caullet (Paul et Marc) :*
 - cours de police administrative et judiciaire, Paris, 16 em édition , 1955
- *Dellida (f) :*
 - Perquisition et saisie chez les avocats et les avoués et les Notaires Rev. Sc. Crim 1953
- *Del'isle (P) et cogniart (paul) :*
 - procédure pénal, paris , S.P, t. 2
- *Desportes (F) et le Gunehec (F) :*
 - Lenouveau droit pénal, éconómica, 2000 t. 1 , droit pénal général .
- *Faustin Hélie :*
 - Traite de instruction criminelle , 2 em édition, paris, 1866
- *Foignet (Rene) :*
 - Mannuel élémentaire de droit administratif, Paris, 13 em édition, S.D.
- *Garraud, :*
 - Traité théorique et pratique d'instruction criminelle et de procédure pénale , T. 2, Paris, 1909 .
- *Guninchard (S) et Buisson (J) :*
 - Procédure pénale, litec, 2000.

- *Gassin (R) :*
 - répertoire de droit Criminel et procédure pénale, Dalloz , 1967 , T. 1 . Vo . arrestation .
- *Gauthier (P) et Laurte (B) :*
 - droit pénal des affaires, paris, 1 er édition 1986 .
- *Graven (J) :*
 - le problème des nouvelle, techorique , d'investigation au procès pénal Rev. sc. Crim . 1950
- *Haurio (M) :*
 - précis de droit administratif et de droit public, Paris, 10 em édition, 1927 .
- *Hamelin (j) et damiea (A) :*
 - les rcgles de la nouvelle profession d'avocat, paris 3em édition 1977 .
- *Jeandidier (W) :*
 - Droit pénal général , 2 édition 1991
- *Larguier (J) :*
 - Droit pénal et procédure pénale. Paris, 4 em édition 1972
- *Lambert (L) :*
 - Formulaire des officiaires de police jucliciaire , paris 1985
- *Levasseur (G) Bouloc (B) stefani (G) :*
 - droit pénal général, Dalloz , 2000.

- *Levasseur* :
 - les techniques de l'individualisation judiciaire; rapport synthèse au 8^{ém} congrès international de défense sociale 1971 ; Rev. sc. Crim ; 1972
- *Merle (R)* :
 - la rôle de la défense, en procédure pénale compare, Rev. Sc. Crim, 1970
- *Matsopoulou (H)* :
 - les enquêtes de police, thèse paris, 1 , 1994 .
- *Marquiset (J)* :
 - reperatoire de droit pénal et procédure Pénale, D , 1954 , 2, vo . perquision – saisie – visite domiïeliaire .
- *Merle (R) et vitu (A)* :
 - traite de droit criminel – procédure penale, paris , 3 en edition , 1979.
- *Michaud (J)* :
 - deux textes protectes; les articlts 104 et 105 du code de procedure penale Rev. sc. Crim 1971 .
- *Pédamonc (M)* :
 - La fouille corporelle ; Rev sc. crimy 1967 .
- *Parra (C) et montreuil* :
 - traité de procédure pénale ; policiere paris ; 1970
- *Pradel (J)* :
 - Droit pénal , 2 em edition , 1980 .

- *Rassat (M – L)* :
 - le ministère public entre son passé et son avenir ,
paris , 1967
- *Robert (J – M)* :
 - répertoire de droit pénal et procédure Pénal, D ; 2 em
edition 1969
- *Stefani (G)* :
 - levasseur (George) et bouloc (Bernand) :
procédure pénal ; paris ; 13 em edition, 1987
- *Soyer (J – C)* :
 - Manuel de droit pénal et procédure pénale paris ; 7
em edition, 1987
- *Salvage (P)* :
 - droit pénal général ; P.U.F. , 4 édition 1998
- *vitu (A)* :
 - procédure pénal, Paris, 1957
- *vouin (R) et leaute (J)* :
 - droit pénal et criminologie ; paris , 1956 .

فهرس إجمالى

مقدمة

١. موضوع الرسالة وأهميته

٢. خطة البحث

الباب التمهيدي

ماهية الإكراه وصوره

٣. تقسيم

الفصل الأول

معنى الإكراه

٤. تمهيد وتقسيم

المبحث الأول

المعنى اللغوى والاصطلاحى للإكراه

٥. تقسيم

المطلب الأول

المعنى اللغوى للإكراه

٦. الإكراه بمعنى الأجباز

٧. مفهوم فقهاء الشريعة للإكراه

المطلب الثانى

الإكراه اصطلاحا

٨. لدى الفقه

٩. أولا فى مصر

١٠. ثانيا فى فرنسا

١١. لدى القضاء

١٢. أولا فى جريمة السرقة

١٣. فى جريمة هتك العرض

١٤. لوجه الاختلاف بين الإكراه فى السرقة والإكراه فى جريمة

هتك العرض

المبحث الثاني
التطور التاريخي لفكرة الإكراه

١٥. تمهيد وتقسيم

المطلب الأول
مرحلة القوة

١٦. تقسيم

١٧. الإكراه في المجتمعات البدائية

١٨. مرحلة الأحكام الإلهية

المطلب الثاني

مرحلة الشرائع القديمة

١٩. قانون مانو

٢٠. القانون الروماني

٢١. القانون الكنسي

المطلب الثالث

الإكراه في الشريعة الإسلامية

٢٢. رفض الشريعة الإسلامية للإكراه

٢٣. أساس نظرية الإكراه في الشريعة الإسلامية

٢٤. أنواع المكروه في الشريعة الإسلامية

٢٥. أولاً : الملجأ

٢٦. ثانياً : غير الملجأ

٢٧. معيار الإكراه عند الفقهاء

المبحث الثالث

الإكراه والمدارس الجنائية الكبرى

٢٨. تمهيد وتقسيم

المطلب الأول

الإكراه والمدارس التقليدية

٢٩. المدرسة التقليدية الأولى

٣٠. المدرسة التقليدية الحديثة

٣١. المدرسة الوضعية

المطلب الثاني
الإكراه وحركة الدفاع الاجتماعى
٣٢. نشأتها واتجاهها

المطلب الثالث
الإكراه والمدرسة التقليدية الحديثة المعاصرة
(النيوكلاسيكية المعاصرة)
٣٣. نشأتها واتجاهها

الفصل الثانى
الإكراه المادى
٣٤. تمهيد وتقسيم

المبحث الأول
الإكراه المادى وصوره
٣٥. مفهوم الإكراه المادى لدى الفقه
٣٦. موقف الشريعة الإسلامية
٣٧. الإكراه المادى والقوة القاهرة
٣٨. الإكراه المادى والحادث الفجائى

المبحث الثانى
شروط الإكراه المادى
٣٩. تقسيم

المطلب الأول
وجود قوة غير قابلة للرد
٤٠. مفهوم هذا الشرط
٤١. تطبيقات القضاء المصرى والفرنسى
٤٢. الاستحالة المطلقة كضابط القوة المحققة للإكراه المادى
٤٣. موقف الشريعة من هذا الشرط

المطلب الثانى
أن تكون القوة غير متوقعة
٤٤. مفهوم هذا الشرط
٤٥. موقف القضاء من هذا الشرط
٤٦. معيار إمكانية التوقع

الفصل الثانى

الإكراه المعنوى

٤٧. تمهيد وتقسيم

المبحث الأول ماهية الإكراه المعنوى

٤٨. تمهيد وتقسيم

المطلب الأول تعريف الإكراه المعنوى

٤٩. فى مصر

٥٠. صور الإكراه المعنوى

٥١. موقف الشريعة الإسلامية من الإكراه

٥٢. فى فرنسا

٥٣. أوجه الشبه والاختلاف بين الإكراه المادى والإكراه المعنوى

٥٤. موقف القضاء المصرى

المطلب الثانى

حالة الضرورة

٥٥. المعنى اللغوى للضرورة

٥٦. المعنى الفقهى للضرورة

المطلب الثالث

أوجه الشبه والاختلاف بين الإكراه المعنوى وحالة الضرورة

٥٧. أوجه الشبه

٥٨. أوجه الاختلاف

المبحث الثانى

شروط الإكراه المعنوى وحالة الضرورة

٥٩. تمهيد وتقسيم

المطلب الأول

شروط الخطر

٦٠. تحديدها

٦١. أولا : قيام خطر على النفس

٦٢. موقف الشريعة الإسلامية

٦٣. ثانيا : كون الخطر جسيما
٦٤. هل يحقق الخطر الوهمى الجسامة ؟
٦٥. موقف الشريعة الإسلامية
٦٦. ثالثا : كون الخطر حالا
٦٧. موقف الشريعة الإسلامية
٦٨. رابعا : ألا يكون لإرادة الفاعل دخل فى حلول الخطر
٦٩. موقف الشريعة الإسلامية

المطلب الثانى

شروط جريمة الضرورة

٧٠. تحديدها
٧١. أولا : اللزوم
٧٢. (أ) اللزوم الكيفى للفعل
٧٣. (ب) اللزوم الكمى للفعل
٧٤. التناسب
٧٥. موقف الشريعة الإسلامية

الباب الأول

الإكراه فى قانون العقوبات

٧٦. تمهيد وتقسيم

الفصل الأول

تعريف الجريمة وأركانها

٧٧. تمهيد وتقسيم

المبحث الأول

٧٨. تعريف الجريمة
٧٩. أولا : التعريف القانونى (الشكلى) للجريمة
٨٠. ثانيا : التعريف الموضوعى للجريمة
٨١. ثالثا : التعريف الذى يجمع بين الاتجاهين السابقين
٨٢. موقف الشريعة الإسلامية
٨٣. الجريمة والجناية
٨٤. الأساس فى اعتبار الفعل جريمة

المبحث الثانى

أركان الجريمة

٨٥. تمهيد وتقسيم

المطلب الأول

تحديد أركان الجريمة

٨٦. المعنى اللغوى لكلمة ركن

٨٧. المعنى الاصطلاحي للركن

٨٨. أركان الجريمة فى الفقه الاسلامى

المطلب الثانى

تأثير الإكراه على ركنى الجريمة

٨٩. أثر الإكراه المادى على الركن المادى للجريمة

٩٠. أثر الإكراه على الركن المعنوى للجريمة

٩١. أثر الإكراه على الإثم فى الفقه الجنائى الاسلامى

المبحث الثالث

اثر الإكراه فى المسئولية

٩٢. تمهيد وتقسيم

المطلب الأول

المسئولية الجنائية للمكره

٩٣. تمهيد

٩٤. المسئولية الجنائية للمكره إكراها ماديا

٩٥. المسئولية الجنائية للمكره إكراها معنويا

المطلب الثانى

المسئولية الجنائية للمكره (القائم بالإكراه)

٩٦. تمهيد

٩٧. المسئولية الجنائية للقائم بالإكراه المادى

٩٨. المسئولية الجنائية للقائم بالإكراه المعنوى

٩٩. موقف الشريعة الإسلامية

الفصل الثانى

ماهية ظرف الإكراه

١٠٠. تعريف ظروف الجريمة

١٠١. أهمية التمييز بين أركان الجريمة وظروف الجريمة

١٠٢. تقسيم

المبحث الأول

التمييز بين أركان الجريمة وظروف المشددة

١٠٣. معيار الإثر القانوني

١٠٤. معيار اسم الجريمة وعنوانها

١٠٥. معيار المال والمصلحة القانونية للعنصر

١٠٦. معيار وظيفة العنصر

١٠٧. موقف الشريعة الإسلامية

١٠٨. التقدير الشخصي لهذا التمييز

المبحث الثاني

الإكراه كظرف في الجريمة

١٠٩. تمهيد وتقسيم

المطلب الأول

تقسيمات الظروف

١١٠. موضوع الظروف المشددة

١١١. تقسيمات الظروف المشددة

١١٢. أولا : الظروف المشددة العامة

١١٣. ثانيا : الظروف المشددة الخاصة

١١٤. ثالثا : تقسيم الظروف المشددة إلى ظروف شخصية مشددة

وظروف عينية مشددة

١١٥. موقف الشريعة الإسلامية

١١٦. التقدير الشخصي لهذا التقسيم

المطلب الثاني

موضع الإكراه من هذا التقسيم

١١٧. تمهيد

١١٨. أولا : التشريعات العربية

١١٩. ثانيا : التشريعات المقارنة

الفصل الثالث

طبيعة ظرف الإكراه

١٢٠. تمهيد وتقسيم

المبحث الأول

أن يقع الإكراه على شخص

١٢١. محل الإكراه أنسان

١٢٢. لا يشترط أن يكون المكره هو المجنى عليه

المبحث الثانى

أن يقع الإكراه بقصد ارتكاب الجريمة

١٢٣. توافر علاقة السببية بين الإكراه والسرقة

المبحث الثالث

أن يكون الإكراه مصاحبا لإرتكاب الجريمة

١٢٤. الإكراه سابق أو معاصر للسرقة

١٢٥. ضابط الإكراه المعاصر والإكراه اللاحق فى الفقه

١٢٦. موقف الشريعة الإسلامية

المبحث الرابع

أثر الإكراه فى العقوبة

١٢٧. فى القانون الوضعى

١٢٨. موقف الشريعة الإسلامية

الباب الثانى

الإكراه فى قانون الإجراءات الجنائية

١٢٩. تمهيد وتقسيم

الفصل الأول

الإكراه فى مرحلة الإستدلال

١٣٠. تمهيد وتقسيم

المبحث الأول

أساس مرحلة الاستدلال وأهميتها

١٣١. تقسيم

المطلب الأول

السند الشرعى لإجراءات الإستدلال

١٣٢. فى قانون الإجراءات المصرى

١٣٣. فى بعض القوانين العربية

١٣٤. فى فرنسا

١٣٥. موقف الشريعة الإسلامية

المطلب الثاني

المبادئ العامة التي تحكم مرحلة جمع الاستدلالات

١٣٦. خلو أعمال الاستدلال من القهر والإجبار

١٣٧. تقييد مأمور الضبط بالشرعية الإجرائية

١٣٨. حضور المدافع في مرحلة الاستدلال

١٣٩. رأينا في الموضوع

المطلب الثالث

الأهمية القانونية لمرحلة جمع الاستدلال

١٤٠. التحري عن الجرائم وكشفها

١٤١. أهمية محضر جمع الاستدلالات ونظام الصلح

١٤٢. الانتقادات الموجهة الى مرحلة جمع الاستدلالات

المبحث الثاني

اختصاصات مأموري الضبط في مرحلة الاستدلال

١٤٣. تمهيد وتقسيم

المطلب الأول

إجراءات الاستدلال

١٤٤. تقسيم

الفرع الأول

التحري عن الجرائم ومرتكبيها

١٤٥. ماهية التحريات

١٤٦. المختص بإجراء التحريات

١٤٧. شروط صحة التحريات

الفرع الثاني

تلقى البلاغات والشكاوى

١٤٨. ماهية البلاغ

١٤٩. ماهية الشكوى

الفرع الثالث

الانتقال والمعاينة واتخاذ الإجراءات التحفظية

١٥٠. إجراء المعاينات

الفرع الرابع

سماع أقوال الشهود وسؤال المشتبه فيهم

١٥١. سماع أقوال الشهود

١٥٢. سؤال المشتبه فيه

الفرع الخامس

الاستعانة بالخبراء

١٥٣. المقصود بالخبرة

١٥٤. القواعد القانونية التي تنظم أعمال الخبرة

١٥٥. الطبيعة القانونية لأعمال الخبرة

١٥٦. في مرحلة جمع الاستدلالات

١٥٧. في مرحلة التحقيق الابتدائي

١٥٨. موقف الشريعة الإسلامية

المطلب الثاني

محاضر جمع الاستدلال

١٥٩. المقصود بمحضر جمع الاستدلالات

١٦٠. ما يترتب على مخالفة وجوب تحرير محضر

١٦١. قوة الإثبات لمحاضر جمع الاستدلالات

١٦٢. أثر الإكراه على الدليل المستمد من محاضر جمع

الاستدلالات

١٦٣. موقف الشريعة الإسلامية

المبحث الثالث

الإجراءات المقيدة لحرية الأشخاص في مرحلة الاستدلال

١٦٤. تمهيد وتقسيم

المطلب الأول

الاستيقاف

١٦٥. تعريف الاستيقاف فقهاً

١٦٦. تعريف محكمة النقض

١٦٧. حالات تتوافر فيها مبررات الاستيقاف

١٦٨. حالات تنتفى عنها مبررات الاستيقاف

١٦٩. آثار الاستيقاف

١٧٠. رأينا في الموضوع
١٧١. مفهوم الاستيقاف في القانون الفرنسي

المطلب الثاني
التحفظ على الأشخاص

١٧٢. ماهية التحفظ في التشريع المصري

١٧٣. شروط مباشرة التحفظ

١٧٤. الوضع تحت التحفظ في التشريع الفرنسي

الفصل الثاني
الإكراه في مرحلة التحقيق

١٧٥. تمهيد وتقسيم

المبحث الأول
القبض

١٧٦. تمهيد وتقسيم

المطلب الأول
ماهية القبض وبيان أغراضه

١٧٧. تقسيم

الفرع الأول
ماهية القبض

١٧٨. المعنى اللغوي والإصطلاحي للقبض

١٧٩. لدى القضاء

الفرع الثاني

أغراض القبض

١٨٠. ضمان إحضار المقبوض عليه أمام القضاء

١٨١. صيغة أدلة الإثبات مما قد يؤثر في وجودها وفي صدق

دلائلها

١٨٢. حماية المقبوض عليه

المطلب الثاني

حدود سلطة مأمور الضبط في إجراء القبض

١٨٣. تمهيد وتقسيم

الفرع الأول

حدود مأمور الضبط في أحوال التلبس

١٨٤. توافر حالة التلبس بكافة عناصرها
١٨٥. أن تكون الجريمة مما يعاقب عليها القانون بالحبس لمدة تزيد على ثلاثة أشهر
١٨٦. وجوب توافر دلائل كافية
١٨٧. القيود الواردة على جواز القبض في حالة التلبس

الفرع الثاني

حدود مأمور الضبط في غير أحوال التلبس

١٨٨. التحفظ وأصدار أمر بالقبض

الفرع الثالث

حدود مأمور الضبط عند تكليفه بالقبض

١٨٩. شروط إصدار الأمر بالقبض

١٩٠. الذنب بالقبض

المطلب الثالث

تنفيذ القبض

١٩١. تقسيم

الفرع الأول

استخدام القوة في تنفيذ القبض

١٩٢. السند القانوني لاستخدام القوة
١٩٣. ضابط اللزوم والتناسب في استعمال القوة
١٩٤. استخدام السلاح

الفرع الثاني

مكان تنفيذ القبض

١٩٥. في مصر
١٩٦. الوضع في فرنسا
١٩٧. موقف الشريعة الإسلامية

المبحث الثاني

التفتيش

١٩٨. تمهيد وتقسيم

المطلب الأول ماهية التفتيش وطبيعته

١٩٩. تمهيد وتقسيم

الفرع الأول تعريف التفتيش وطبيعته

٢٠٠. تعريف التفتيش

٢٠١. خصائص التفتيش

الفرع الثانى شروط التفتيش

٢٠٢. وقوع جريمة

٢٠٣. اتهام شخص بارتكاب الجريمة

٢٠٤. وجود مبرر للتفتيش

الفرع الثالث الصور المختلفة للتفتيش

٢٠٥. التفتيش الإدارى

٢٠٦. التفتيش الوقائى

المطلب الثانى تفتيش الأشخاص

٢٠٧. تمهيد وتقسيم

الفرع الأول تفتيش المتهم

٢٠٨. ماهيته

٢٠٩. حالاته

الفرع الثانى الإستثناءات الواردة على هذا التفتيش

٢١٠. الاستثناءات المتعلقة بالحصانة الدبلوماسية

٢١١. الاستثناءات المتعلقة بالحصانة البرلمانية

٢١٢. الحصانة القضائية

الفرع الثالث حدود تفتيش شخص المقبوض عليه

٢١٣. تنفيذ التفتيش

٢١٤. مشروعية استخدام الوسائل العلمية فى التفتيش

الفرع الرابع تفتيش الانثى

٢١٥. ندب انثى للتفتيش
٢١٦. التفتيش بمعرفة طبيب

المطلب الثالث تفتيش المساكن

٢١٧. تمهيد وتقسيم

الفرع الأول المقصود بالسكن

٢١٨. ماهية المكان المسكون
٢١٩. أنواع الأماكن المسكونة
٢٢٠. الوضع بالنسبة للسيارات
٢٢١. حرمة محل التجارة مستمدة من حرمة صاحبه

الفرع الثانى

التمييز بين تفتيش المكان والدخول فيه

٢٢٢. الأماكن العامة بطبيعتها
٢٢٣. الماكن العامة بالتخصيص

الفرع الثالث

قواعد تنفيذ تفتيش المسكن

٢٢٤. من يجوز له إجراء التفتيش
٢٢٥. كيفية التفتيش
٢٢٦. وقت إجراء التفتيش
٢٢٧. موقف المشرع الفرنسى وبعض التشريعات العربية
٢٢٨. الحضور الضرورى لبعض الأشخاص
٢٢٩. موقف الشريعة الإسلامية

المبحث الثالث

الإستجواب

٢٣٠. تمهيد وتقسيم

المطلب الأول

تعريف الإستجواب وطبيعته

٢٣١. تمهيد وتقسيم

الفرع الأول
تعريف الإستجواب

٢٣٢. معناه لغة واصطلاحاً

٢٣٣. لدى القضاء المصرى

الفرع الثانى
طبيعة الإستجواب

٢٣٤. إجراء من إجراءات التحقيق

المطلب الثانى
ضمانات سلامة الإستجواب

٢٣٥. تمهيد وتقسيم

الفرع الأول
صفة القائم بالإستجواب
٢٣٦. حظر الإستجواب بمعرفة مأمور الضبط القضائى
٢٣٧. فى القانون المصرى
٢٣٨. فى القانون الفرنسى

الفرع الثانى
سلامة إرادة المتهم عند إستجوابه

٢٣٩. أن تكون إرادة المتهم حرة

٢٤٠. عدم جواز تحليف المتهم اليمين القانونية

٢٤١. العنف

٢٤٢. الإستجواب المطول

٢٤٣. كلاب الأمن والحراسة

٢٤٤. الوسائل العملية الحديثة

المطلب الثالث
الإعتراف

٢٤٥. تمهيد وتقسيم

الفرع الأول
تعريف الإعتراف وأهميته

٢٤٦. المعنى اللغوى

٢٤٧. المعنى الاصطلاحى

٢٤٨. أهمية الإعتراف

الفرع الثاني أركان الاعتراف

٢٤٩. أن يصدر من المتهم نفسه
٢٥٠. الشروط المطلوبة في المتهم
٢٥١. أن يكون موضوع الاعتراف واقعة ذات أهمية

المطلب الرابع شروط صحة الاعتراف

٢٥٢. تقسيم

الفرع الأول

أن يصدر الاعتراف من المتهم

٢٥٣. أقرار المتهم بنفسه بالجريمة
٢٥٤. موقف الشريعة الإسلامية

الفرع الثاني

تمتع المتهم بحرية الاختيار

٢٥٥. ماهية حرية الاختيار
٢٥٦. أثر القبض والتفتيش على الاعتراف
٢٥٧. أثر حضور رجال الشرطة أثناء التحقيق
٢٥٨. عبء إثبات صدور الاعتراف بحرية كاملة
٢٥٩. موقف الشريعة الإسلامية

الفرع الثالث

أن يكون الاعتراف صريحاً ومطابقاً للحقيقة

٢٦٠. دلالة الاعتراف على ارتكاب الجريمة
٢٦١. موقف الشريعة الإسلامية

المطلب الخامس

أثر الإكراه على الدليل المتحصل

٢٦٢. تمهيد وتقسيم

الفرع الأول

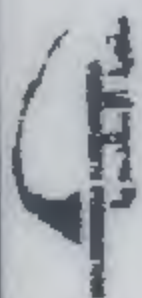
التعريف بالدليل الجنائي وأهميته

٢٦٣. الدليل في اللغة
٢٦٤. الدليل اصطلاحاً
٢٦٥. الدليل في الفقه الإسلامي
٢٦٦. أهمية الدليل الجنائي

الفرع الثاني

قيمة الدليل المستمد من الإكراه

٢٦٧. موقف الشريعة الإسلامية
٢٦٨. موقف الفقهاء من هذا المبدأ



Bibliotheca Alexandrina



0655481

شركة النشر والطباعة

ت: 23925376